

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES
Pouvoirs judiciaires du Général
commandant le Corps d'Armée

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 26 mai 1921, à 3 h. 1/2

PAR

le Commandant CAILLE

Officier de la Légion d'honneur
Croix de guerre

Président : M. GARÇON, professeur
Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
HUGUENEY, agrégé

PARIS

JOUE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

1921

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES
Pouvoirs judiciaires du Général
commandant le Corps d'Armée

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 26 mai 1921, à 3 h. 1/2

PAR

le Commandant CAILLE

Officier de la Légion d'honneur
Croix de guerre



Président : M. GARÇON, professeur

Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
HUGUENEY, agrégé

PARIS

JOUE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

—
1921

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses: ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DES

Pouvoirs judiciaires du Général

commandant le Corps d'armée

AVANT-PROPOS

La discipline s'impose aux militaires, non seulement comme un devoir moral, mais également comme une obligation juridique dont l'inobservation est sanctionnée par des pénalités. Que ces pénalités qui, en fin de compte, sont toujours des peines privatives de liberté soient prononcées par un supérieur, sorte de juge unique ou par une juridiction de jugement de plusieurs membres; qu'elles soient arbitrairement regardées comme des punitions disciplinaires ou qu'au contraire leur caractère judiciaire soit reconnu, elles ne peuvent pas être infligées en marge du commandement. Ce dernier, responsable de la discipline doit, de toute évidence, avoir la possibilité d'en assurer le maintien. Pour avoir les moyens de remplir sa mission, il doit jouer un rôle dans la répression de toutes les infractions qui compromettent la discipline.

Ce rôle est des plus simples en cas d'infraction aux règlements militaires, ces infractions étant réprimées directement par tous les membres de la hiérarchie militaire, qui ont le pouvoir de prononcer des peines plus ou moins fortes selon leur grade. Le général commandant le corps d'armée, venant à la tête de cette hiérarchie immédiatement après le ministre, a non seulement le droit de prononcer des peines pouvant atteindre soixante jours d'emprisonnement, mais il peut également réformer les décisions de ses subordonnés. Il dirige l'action disciplinaire dans son corps d'armée, exactement comme il dirige l'instruction et les différents services : intendance, recrutement, santé, etc.

Mais lorsqu'il s'agit d'infractions à la loi pénale, de délits ou de crimes, le rôle du commandement est diminué, puisque la juridiction du jugement lui échappe et est confiée à un tribunal indépendant de lui. L'action du commandement, pour être alors oblique et indirecte, n'en reste pas moins très importante. Cette importance, reconnue par le droit pénal militaire de toutes les grandes nations, a été très vivement mise en relief en Allemagne par le législateur de 1898, qui a adopté l'axiome posé par von Mack : « Dans l'armée, l'autorité ne peut être qu'une : la militaire; seuls, les organes de l'autorité militaire peuvent donc exercer aussi l'autorité judiciaire (1). » En conséquence, le pouvoir répressif

1. Von Mack, II, 16, 17.

judiciaire dans l'armée allemande de 1914 était considéré non seulement comme une émanation du commandement, mais comme un de ses attributs. D'après la Militaerstrafgerichts ordnung, toute la partie de l'œuvre judiciaire qui n'incombe pas au tribunal est l'apanage de certains chefs militaires placés à différents degrés de la hiérarchie, qui échangent le titre de leur grade contre celui très significatif de « Gerichtsherr », lorsqu'ils exercent leurs attributions judiciaires (1). Ces Gerichtsherren, secondés par des officiers juristes qui ne jouent vis-à-vis d'eux que les rôles de conseillers techniques ou d'agents d'exécution de leurs décisions, cumulent les attributions du ministère public, du juge et des juridictions d'instruction.

La raison de cette concentration extraordinaire de pouvoirs est donnée tout au long dans l'exposé des motifs du projet de la Militaerstrafgerichtsordnung : « Une importance décisive doit être attachée à la liaison de la juridiction avec le droit au commandement. Elle se trouve, en effet, en étroite connexion avec la responsabilité du maintien de la discipline. Cette responsabilité ne se laisse pas partager, et, de cette indi-

1. L'armée allemande a trois Gerichtsherren : le colonel, le général de division et le général commandant le corps d'armée, correspondant aux trois degrés de juridiction de jugement : le Stangericht ou tribunal régimentaire, jugeant en première instance les infractions les moins graves ; le Kriegsgericht ou tribunal divisionnaire, juridiction d'appel des Standgerichte et surtout juridiction militaire normale, enfin l'Oberkriegsgericht, établi au quartier général de chaque corps d'armée, juridiction d'appel des Kriegsgerichte.

visibilité, il résulte, avec une puissante nécessité, que non seulement la mise en accusation, mais aussi la conduite de toute la procédure antérieure au jugement, doit être dans la main du Gerichtsherr... Il semble inadmissible de conférer au Gerichtsherr uniquement les attributions d'une autorité de poursuite judiciaire, de confier la conduite de l'enquête à un juge d'instruction indépendant de lui et de la soustraire ainsi à son influence décisive. Un tel retranchement à l'autorité du commandement, au bénéfice de l'élément juriste, ne répond pas aux rapports militaires. Le chef responsable de la discipline doit, au contraire, même pendant la procédure de l'information, être toujours en situation de pouvoir efficacement pourvoir à la sauvegarde des intérêts militaires... »

Ces mêmes principes avaient déjà, quarante ans auparavant, servi de base au Code français de 1857, qui, d'ailleurs, n'en avait pas tiré des déductions aussi extrêmes que celles de la Militaerstrafgerichtsordnung de 1898. Nous verrons, en effet, au cours de cette étude, que les pouvoirs judiciaires du commandement français, bien que considérables, sont moindres que ceux du commandement allemand. De plus, notre Code, s'il donne le titre et les pouvoirs d'officier de police judiciaire à des militaires placés à différents degrés de la hiérarchie, réserve les pouvoirs juridictionnels aux généraux de division, c'est-à-dire à des généraux placés au sommet de cette hiérarchie. Ceci n'est que la consé-

quence du trait caractéristique de la justice militaire française, à savoir un seul degré de juridiction aussi bien pour l'instruction que pour le jugement.

L'absence de voies de recours autres que la cassation résultant de l'inobservation de la loi, a tout naturellement conduit le législateur français à accumuler en première instance des garanties qui, de droit commun ou en Allemagne, ne sont accordées qu'en appel. La poursuite et le jugement d'un délit-contravention exigeront les mêmes formalités que la poursuite et le jugement d'un crime; dans un cas comme dans l'autre, le conseil de guerre sera toujours composé de sept membres comme l'Oberkriegsgericht, le tribunal souverain en Allemagne, et toute la procédure sera identique. De même, le Gerichtsherr français unique doit avoir le grade du Gerichtsherr souverain en Allemagne : l'un et l'autre sont des commandants de corps d'armée.

Cette règle logique est modifiée en cas de mobilisation et supporte en temps de paix quelques exceptions pour des raisons de pratique. Le nombre d'affaires nécessite la création d'un conseil de guerre par division mobilisée; il en est de même pour les divisions de l'Afrique du Nord. Le service de la justice militaire fonctionnant par division, le général de division devient alors fatalement le Gerichtsherr de sa division. Il est néanmoins souverain, si bien que son supérieur hiérarchique, le commandant de corps d'armée, ne peut pas modifier les décisions judiciaires prises

par son subordonné. Cette situation un peu paradoxale est normalement celle du ministre vis-à-vis de ses commandants de corps d'armée. Le ministre, en effet, n'est lui-même *Gerichtsherr* que lorsqu'il s'agit d'inculper ou de mettre en jugement un officier général ou un colonel; et également, mais ceci est tout naturel, en ce qui concerne le personnel placé directement sous ses ordres, personnel qui ne fait partie d'aucun corps d'armée.

Le titre *Des pouvoirs judiciaires du général commandant le corps d'armée*, que nous avons choisi en considération de *eo quod plerumque fit* est donc elliptique. Il faudrait pour être complet y ajouter ces mots : « et des autres généraux commandant une unité dotée d'un conseil de guerre. » Cette remarque faite, dorénavant, *brevitatis causa*, nous emploierons une formule encore plus concise et par ce mot unique le général, ou par le mot allemand le *Gerichtsherr*, nous désignerons tout membre de la hiérarchie militaire, ministre de la guerre, gouverneur, commandant de corps d'armée, simple divisionnaire exerçant des pouvoirs juridictionnels, soit normalement en temps de paix, soit exceptionnellement en cas de guerre.

Si notre titre est incomplet à ce point de vue de forme, il est par contre trop général en semblant englober tous les pouvoirs judiciaires du général, qui sont excessivement nombreux. Ce dernier a non seulement le commandement en chef des troupes; il a également

la haute direction de tous les services de sa région, notamment du service de la justice et du service pénitentiaire. Il est le supérieur hiérarchique des officiers de police judiciaire et des officiers des parquets des conseils de guerre. C'est à lui qu'est confiée l'exécution des jugements, exécution qui, en droit commun, incombe à l'administration pénitentiaire.

Mais il y a plus, une décentralisation, une sorte de délégation légale du pouvoir exécutif, a conféré au général d'autres pouvoirs qui sont des pouvoirs gouvernementaux. C'est le général qui nomme les juges; c'est lui qui choisit les substituts attachés aux parquets des conseils de guerre. Il a des pouvoirs bien plus étendus que ceux lui permettant d'assurer l'exécution des jugements, puisqu'il peut retarder cette exécution, y sursoir à la charge d'en informer sur le champ le ministre de la guerre (1), ce qui est un véritable démembrement du droit de grâce.

Nous ne nous proposons pas d'étudier cette foule de pouvoirs relatifs à l'administration de la justice que le général possède en vertu de son *imperium* et dont le caractère mixte nous paraît plus administratif que judiciaire. Notre but est de nous attacher seulement à l'analyse des pouvoirs exclusivement judiciaires que le général exerce en vertu de sa *juris dictio* propre, et qui, eux, constituent une dérogation tout à fait remar-

1. Art. 150 du C. L. M.

quable à la théorie de la séparation des pouvoirs. Nous ne nous dissimulons pas d'ailleurs que cette distinction est arbitraire et artificielle et qu'il est souvent difficile de séparer ces deux branches de l'activité d'une même autorité qui exerce tour à tour, comme le préteur romain, l'*imperium* et la *juris dictio*. Aussi, bien que notre étude ne vise que la seconde de ces deux branches, nous serons parfois amenés à faire des digressions dans la première.

Notre sujet étant ainsi délimité, il nous reste, avant de l'aborder, à en indiquer les grandes divisions, à donner le plan que nous suivrons pour le traiter.

Dans une première partie, nous analyserons les pouvoirs judiciaires du général tels que nous les avons définis plus haut. Ce sera donc une étude du Code de 1857 qui, à ce point de vue, est resté pour ainsi dire inchangé depuis sa promulgation. Les seules modifications apportées aux pouvoirs du général l'ont été tout récemment par la loi du 22 décembre 1917 et sur l'unique point particulier traité par cette loi, à savoir l'organisation d'une procédure contentieuse de la mise en liberté provisoire, question qui, jusque-là, et en l'absence de dispositions légales, était du domaine de la juridiction gracieuse du général.

Au cours de cette première partie, la plus importante, nous mettrons perpétuellement le C. J. M. en parallèle, non seulement avec nos Codes de droit commun, mais également avec la *Militaerstrafgercihtsordnung*. En

effet, si, étudiant une question à la fois militaire et juridique, nous estimons aussi utile d'avoir les yeux fixés sur la patrie du droit, l'Italie, que sur le pays du fer, l'Allemagne, nous sommes obligés de constater qu'une comparaison des Codes militaires français et italien ne marque guère que des dissemblances. Les Codes français et allemand, au contraire, partent des mêmes conceptions et nous verrons que le second a exagéré le principe du premier, tout en améliorant très notablement les détails d'application.

Dans une seconde partie plus courte, car il est plus dangereux d'étudier ce qui devrait être que ce qui existe, nous chercherons à dégager les tendances manifestées par les projets de réforme du C. J. M. à l'ordre du jour avant la guerre, en prenant comme base le texte voté par le Sénat en 1913, et comme terme de comparaison le Code militaire italien. Notre sujet serait bien incomplètement traité s'il l'était en faisant abstraction des critiques aussi nombreuses que violentes dont le Code de 1857 a été l'objet pendant les quelque vingt ans qui ont précédé la guerre. Par suite de circonstances spéciales, le rôle du commandement, dans la poursuite des infractions compromettant la discipline a été encore plus âprement discuté que la question de la compétence pourtant plus complexe, mais qui ne soulevait pas les mêmes passions. Par contre, et cette considération a été déterminante dans le choix de notre sujet, il est possible de dégager de ces critiques,

de ces projets ou propositions de réforme, une tendance commune et très nette, alors que les avis diffèrent complètement sur les questions de compétence (1) et sur celles de la composition à donner à la juridiction d'exception chargée de juger les délits et crimes compromettant la discipline. Cette tendance, c'est de restreindre les pouvoirs du général jugés exagérés d'un avis pour ainsi dire unanime et de ne lui laisser que l'exercice de l'action publique. Nous essaierons, dans notre seconde partie, de faire ressortir les avantages et les inconvénients d'un pareil démembrement des pouvoirs traditionnels du commandement, et finalement d'apporter une conclusion de la thèse que nous soutenons : à savoir la nécessité d'une prudente modération lors de la refonte, ou tout au moins de la mise au point nécessaire du Code de 1857, qui devra être révisé à bref délai, lorsque le Parlement aura voté les lois fondamentales sur la réorganisation de l'armée, et la constitution des cadres et effectifs.

1. Le Code actuel admet la compétence *ratione personæ* sauf pour les délits fiscaux, de pêche, de chasse, en partant du principe que la discipline est compromise du fait que le coupable est un militaire présent à son corps. Des novateurs, tels M. Clémenceau soutiennent la compétence *ratione materiæ* et ne voient d'atteinte à la discipline que dans les délits spéciaux contre la subordination.

PREMIÈRE PARTIE

Pouvoirs judiciaires du général tels qu'ils sont réglés par le Code de 1857

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

La loi du 18 brumaire an V (1) donnait déjà au commandement le pouvoir actuellement séculaire d'ordonner la mise en jugement de ses subordonnés. Mais ce pouvoir, de nos jours fondamental et caractéristique, était tout à fait normal à cette époque révolutionnaire et sous le règne du système de l'accusation *quivis ex*

1. La loi du 18 brumaire, an V (3 novembre 1796), qui précéda de quelques jours la loi du 21 brumaire, an V, Code des délits et des peines, est la première qui ait organisé en France une procédure militaire, codifiée, étudiée avec soin et née viable, bien que conçue en pleine période de guerre. Ces deux lois de brumaire ont en effet duré après le rétablissement de la paix et jusqu'à la promulgation du Code du 4 août 1857, qui s'en est lui-même inspiré dans une très large mesure.

populo, où n'importe quel citoyen avait le droit de provoquer cette mise en jugement.

Après avoir remarqué que l'exercice de l'action publique n'était pas toujours libre, qu'il était obligatoire en cas de dénonciation, nous voyons que cette action publique était déjà intentée, comme elle l'est maintenant, par « l'officier commandant (1) qui requérait le rapporteur d'ouvrir une information ».

Nous voyons que dès la loi de brumaire, et cette règle ne s'est pas modifiée depuis, l'information, la recherche des preuves n'incombe pas au général. Ce dernier, à la différence du Gerichtsherr allemand, n'est pas officier de police judiciaire; les fonctions d'officier de police judiciaire sont remplies par des subordonnés sur lesquels le général n'a qu'un droit de surveillance. Quels que fussent les résultats de cette information, œuvre du rapporteur, les dits résultats étaient toujours appréciés par le Conseil de guerre, l'officier commandant n'ayant plus à intervenir que pour fixer la date de réunion du conseil.

L'abandon définitif, sous la Restauration, du système de l'accusation populaire, puis l'introduction, par le Code de 1857, du non-lieu jusque-là non envisagé par la loi militaire, ont élargi considérablement les pou-

1. L'« officier commandant » dont il est question dans la loi de brumaire n'est autre que le général commandant la division militaire, c'est-à-dire la circonscription territoriale, devenue région de corps d'armée depuis les lois de réorganisation de 1873.

voirs judiciaires que la loi de brumaire conférait au commandement et les ont convertis en deux monopoles : celui du libre exercice de l'action publique et celui de décider souverainement de la suite à donner à l'instruction du rapporteur.

En Allemagne, le Gerichtsherr est chargé en outre de conduire l'enquête, si bien qu'il est le maître absolu de toute la procédure antérieure au jugement. Evidemment, le Gerichtsherr se contente d'ordonner les différents actes de procédure, tels que saisies, confrontations sans les accomplir personnellement; ce n'est pas lui qui procède aux interrogatoires, base de l'instruction inquisitoriale, où le magistrat enquêteur prend forcément parti contre l'inculpé, ce qui n'est pas le rôle d'un chef direct. Tous ces actes sont obligatoirement accomplis par un des juristes placés auprès du Gerichtsherr (1), choisi par ce dernier pour être son organe à l'instruction, qui agit sur son ordre. Les actes ainsi accomplis par l'organe peuvent toujours motiver une réclamation légale adressée au Gerichtsherr et être réformés par ce dernier.

La surveillance exercée par le général français sur

1. Les Gerichtsherrren, sauf le Gerichtsherr inférieur qui n'est secondé que par un officier de son régiment appelé Gerichts offizier ont auprès d'eux plusieurs juristes ayant une hiérarchie spéciale les rendant indépendants. Le Gerichtsherr choisit parmi eux son organe, celui chargé de soutenir l'accusation et celui chargé de siéger comme juge car l'élément juriste est représenté parmi les membres de la juridiction de jugement.

l'instruction du rapporteur comme sur les actes des autres officiers de police judiciaire, n'a rien de comparable à une pareille main-mise. Le rapporteur, habilité officier de police judiciaire par l'ordre d'informer du général, a un pouvoir propre qu'il remplit sous la surveillance, mais non pas sous la direction du général.

Par contre, si la loi française a déchargé le général de la charge de réunir les preuves, elle laisse ce dernier décider seul et de l'opportunité des poursuites, et de la mise en jugement. Dans cette dernière décision, le général est, il est vrai, guidé par les avis de ses deux conseillers techniques, le rapporteur et le commissaire du gouvernement; mais ces avis eux-mêmes peuvent très bien ne pas être concordants. Même lorsque ces deux magistrats sont d'accord, leur avis commun ne lie pas le général, qui est seul juge du fait et du droit. La plupart des législations étrangères ont tempéré sur ce point l'omnipotence du général; certaines, telles que la Belgique, la Norvège et la Suisse, ont confié au magistrat instructeur le soin de clore l'instruction suivant sa conviction; d'autres, telles que l'Italie, ont institué une chambre d'accusation; d'autres, enfin, ont exigé le contreseing d'un conseiller de justice militaire contrôlant le dossier. C'est le cas de l'Allemagne, où le Gerichtsherr est assisté d'un officier juriste. Les poursuites et la mise en jugement sont décidées par cette sorte de duumvirat, où le juriste a d'ailleurs très nettement une situation subordonnée. C'est à ce der-

nier, naturellement, qu'incombe plus particulièrement l'appréciation des points de droit. Son contreseing exigé sur la plupart des ordonnances, sauf celles statuant sur une mise en liberté provisoire, n'engage sa responsabilité qu'en ce qui concerne la légalité de l'acte et non pas son opportunité. C'est au commandement que revient plus particulièrement l'appréciation des faits. Enfin, en cas de conflit, le juriste doit toujours s'incliner et sa seule ressource, en cas d'inobservation de la loi, est de saisir le Reichsmilitärgericht qui est la juridiction de cassation.

Dans ce système allemand, les Gerichtsherrn ne peuvent cumuler les attributions réparties en France entre le général et ses officiers de police judiciaire que parce qu'ils sont nombreux (le colonel est Gerichtsherr en Allemagne, alors qu'en France il n'est qu'officier de police judiciaire) et que, parce qu'ils sont doublés par des juristes. A côté de la théorie, il faut voir la pratique. Or, il est clair que, dans la grosse majorité des cas, le second du duumvirat y jouera le premier rôle, le chef militaire se déchargeant sur son organe de ses attributions judiciaires. Et il n'y aura pas là à proprement parler une véritable abdication des pouvoirs du commandement, puisque ce commandement sera toujours appelé à statuer sur les décisions contestables prises à son insu par le jeu de la « réclamation légale ». Les Allemands appellent ainsi un quasi-appel contre les décisions du Gerichtsherr ou de son organe qui est

porté devant le Gerichtsherr lui-même, puis au besoin devant le Gerichtsherr supérieur.

En France, au contraire, le Gerichtsherr souverain intervient dans tous les cas, puisqu'il est unique et la pratique aggrave encore les exigences écrites de la loi en lui interdisant rigoureusement de déléguer sa signature, si bien que le commandant de corps d'armée, qui concentre entre ses mains des pouvoirs très variés, est tenu d'exercer personnellement ses pouvoirs judiciaires (1).

Théoriquement, cette solution peut être défendue par quelques arguments médiocres. L'on peut soutenir à la rigueur que si la loi n'a conféré des pouvoirs juridictionnels qu'à des généraux de division, c'est qu'elle n'a pas voulu qu'une décision juridictionnelle soit prise par un officier d'un grade moins élevé. La haute autorité qui s'attache à la fonction, le grade, l'âge du juge, les renseignements qu'il reçoit de la voie hiérarchique, son double devoir de maintenir la discipline que tous les délits atteignent et de défendre les intérêts de ses subordonnés, qui sont en même temps ses justiciables,

1. Cette opinion, bien que non contestée, ne s'appuie pourtant sur aucune jurisprudence bien établie. La Cour de cassation n'a pas encore été saisie de la question. Seul le conseil de révision d'Alger a par un arrêt, en date du 13 septembre 1883, cassé un jugement uniquement parce que l'ordre d'informer était signé du chef d'état-major, décidant ainsi que « la juridiction militaire ne peut être saisie que par un ordre émanant directement et personnellement du général commandant le corps d'armée en France et du général commandant la division en Algérie ».

donnent un grand poids à une décision personnelle. La même décision, prise par une autorité déléguée, ne s'imposerait pas avec la même force.

Mais justement, quand cette décision prise par l'autorité déléguée serait contestée, quoi de plus simple que la possibilité d'un pourvoi devant l'autorité délégante, que l'adoption d'un système analogue à celui de la réclamation légale ? La possibilité de déléguer sa signature avec, comme correctif, la possibilité de réformer la décision prise par l'autorité déléguée, éviterait les inconvénients du système actuel, où le général est placé devant le dilemme suivant : ou bien sacrifier des questions plus importantes pour étudier des affaires judiciaires souvent minimes, telles des procédures d'insoumission ; ou bien signer, les yeux fermés, le travail préparé par son état-major, ce qui est plus pratique mais ce qui conduit à une pente plus dangeureuse que la délégation, les pouvoirs judiciaires ainsi abdiqués passant alors entre les mains anonymes du bureau de la justice militaire (1), au lieu de passer entre les mains d'une autorité bien définie, ce qui serait préférable.

Ces considérations de pure pratique étant épuisées, et les caractères généraux des pouvoirs judiciaires personnels du général étant déjà esquissés, nous pou-

1. Ce bureau, comme tout bureau d'état-major, n'a d'autre rôle que de fournir au général les éléments permettant à ce dernier de prendre ses décisions et de convertir en ordres les décisions prises. Ce bureau est en quelque sorte « le greffe » du quartier général, et ne doit pas se transformer en organe de décision.

vons aborder l'analyse théorique détaillée de ces pouvoirs dans les chapitres suivants qui seront respectivement consacrés :

A l'exercice de l'action publique (chap. II);

Au rôle du général pendant l'information (chap. III);

Au rôle du général en tant que juridiction d'instruction (chap. IV);

Enfin à une étude comparée de ces divers rôles, avec ceux tenus par les magistrats de droit commun (chapitre V).

CHAPITRE II

EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE

Dès la première des trois phases de toute procédure criminelle qui sont la police judiciaire, l'instruction et le jugement, se manifeste l'importance du rôle dévolu au général. D'après l'art. 84 du C. J. M., la police judiciaire militaire est exercée par divers officiers sous l'autorité du général, qui est donc mis aux lieu et place de la Cour d'appel, à laquelle l'art. 9 du C. I. C. confie cette direction dans le système du droit commun.

Les différents officiers de police judiciaire militaire bien qu'ayant des pouvoirs sensiblement plus étendus que ceux des officiers de police judiciaire auxiliaires du procureur de la république, peuvent, à certains points de vue, être comparés à ces derniers. Comme eux, ils n'agissent que par délégation d'une autorité plus haute, à laquelle aboutiront tous leurs procès-verbaux et qui sera libre d'y donner suite ou non; ils font tous les actes nécessaires ayant pour but direct la constatation des infractions, et pour fin indirecte la comparution des coupables en justice; mais ce ne sont pas eux

qui livrent les auteurs des infractions aux tribunaux chargés de les poursuivre. Ce soin est confié exclusivement au général dont les officiers de police judiciaire ne sont que les subordonnés et les auxiliaires. C'est donc le général qui donne l'impulsion, dans l'étendue de son commandement, à toute la police judiciaire comme à n'importe quel autre service relevant de son autorité. Il peut réprimander et même punir les officiers de police judiciaire, et peut leur donner des instructions; bref, il a une action indirecte mais très efficace sur l'information préliminaire.

Mais nous ne croyons pas que le général ait le pouvoir reconnu aux préfets par la jurisprudence de la Cour de cassation de faire personnellement aucun acte de police judiciaire.

Notre opinion s'appuie non seulement sur les termes de l'art. 84 C. J. M., mais également sur la comparaison entre les art. 85 C. J. M. et 10 C. I. C. (1). L'article 85 C. J. M. dont la rédaction est en partie iden-

1. Nous extrayons d'un arrêt de cassation du 21 novembre 1853, les attendus suivants :

« Attendu que l'article 10 du C. I. C. a expressément chargé les préfets des départements et le préfet de police à Paris, de faire tous les actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux; qu'on objecte vainement que la recherche des pièces pouvant servir à conviction ne saurait être pratiquée au domicile des tiers ou dans un dépôt public que par le juge d'instruction, qui en trouve la mission dans l'article 8 du C. I. C.; que, si cette recherche, qui est évidemment un moyen de constater les crimes, délits et contraventions, a été mise dans les attributions des juges

tique à celle de l'art. 10 C. I. C., crée une catégorie supérieure d'officiers de police judiciaire où le général commandant la circonscription ne figure pas. Y figurent seulement les commandants et majors de place, les chefs de corps, de dépôt et de détachement, les chefs de service d'artillerie ou du génie, les membres du corps de l'intendance militaire qui peuvent faire personnellement ou requérir les officiers de police judiciaire (au sens strict), chacun en ce qui le concerne, de faire tous les actes nécessaires à l'effet de constater les crimes et délits, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les poursuivre.

Nous estimons que cette énumération ne peut pas être étendue, et que le général, sous l'autorité duquel la police judiciaire se trouve placée en vertu de l'art. 84, ne peut pas faire d'acte personnel en se substituant à ses subordonnés, les officiers de police judiciaire.

L'intervention du général peut parfois être sollicitée par ces derniers sur un point tout spécial, celui de l'arrestation du présumé coupable et cela en vertu d'un

d'instruction par l'article 8, elle appartient également aux préfets et au préfet de police, en vertu des articles 8 et 10 combinés ; que c'est vainement encore qu'on prétend établir une séparation entre la police judiciaire, qu'on prétend appartenir au préfet de police, et l'instruction, qu'on soutient n'appartenir qu'au seul juge d'instruction ; que cette distinction n'est pas fondée, qu'il n'est pas possible de concevoir que la police judiciaire s'exerce sans instruction, de même qu'il n'est pas possible de concevoir que tout fonctionnaire ou magistrat, qui prend part à l'instruction, ne soit pas officier de police judiciaire... »

principe général, à savoir que, hors le cas de flagrant délit, un militaire, non encore inculpé, ne peut être arrêté que sur l'ordre de ses chefs. Le plus fréquemment d'ailleurs, cette autorisation du général n'est pas nécessaire, car les officiers de police judiciaire, au sens large, notamment les chefs de corps, peuvent ordonner spontanément l'écrou de leurs subordonnés, qui seront détenus par voie d'autorité administrative.

Un cas d'une application plus courante, et qui exige l'intervention, d'une légalité d'ailleurs fort contestable, du général, est le cas très fréquent de l'individu, présumé insoumis et arrêté comme tel. Cet individu est arrêté, soit par la police, soit par la gendarmerie, sur le vu d'un signalement n° 1, signé de son commandant de recrutement et le signalant comme insoumis. Cette pièce n'est pas un mandat, elle ne présente à aucun degré le caractère d'une pièce judiciaire; c'est un simple commencement de preuve qui permet à la police civile ou militaire d'arrêter l'individu auquel elle s'applique, comme présumé coupable du délit d'insoumission. Mais, en droit commun, l'arrestation opérée par la police doit être régularisée par le parquet. Le présumé insoumis, qui est justiciable de la juridiction militaire, est dirigé non pas sur le dépôt, mais sur l'état-major du corps d'armée, où le général s'arroe le droit, qui est reconnu par la jurisprudence aux préfets, de détenir, par voie administrative, le présumé coupable, qui n'est

pas encore inculpé, qui ne le sera peut-être jamais, ou ne le sera que sensiblement plus tard (1).

Mais si le général n'a, en dehors de ces cas d'intervention, que la haute direction de la police judiciaire, s'il ne peut se livrer personnellement, comme le procureur de la république, à aucun des actes qu'embrasse le cercle de cette police, tel qu'il est tracé par l'art. 8 du C. I. C., par contre sa situation est identique à celle de ce magistrat, lorsqu'il s'agit de décider la suite à donner aux plaintes, dénonciations et procès-verbaux, qui aboutissent tous à lui, dans la sphère de la police judiciaire militaire.

C'est le Code de 1857, qui a donné au général le monopole de l'action publique, car l'art. 12 de la loi de brumaire an V, fidèle en cela au système révolutionnaire de l'accusation *quivis ex populo*, ne donnait au commandement aucune prérogative exclusive.

Sous la législation antérieure à 1857, le commandant local qui, par voie de dénonciation, de plainte ou de rumeur publique, avait connaissance d'un crime ou d'un délit devait immédiatement ordonner au capitaine faisant fonctions de rapporteur, c'est-à-dire à l'of-

1. Les inconvénients d'un pareil système extra légal, mais nécessaire en l'absence de dispositions que le Code de 1857, qui ne pouvait prévoir l'extension du délit d'insoumission n'a pas édictés, pourraient être évités en établissant des règles spéciales pour la poursuite de l'insoumission. Le *Gericthsherr* des insoumis devrait être le ministre, puisque les insoumis n'ont pas de chefs directs, qui naturellement déléguerait ses pouvoirs aux commissaires du gouvernement.

ficier de police judiciaire du lieu, d'enquêter sur cette infraction et de lui rendre compte du résultat de son enquête. Nous avons déjà vu dans le chapitre précédent, que toute information militaire devait fatalement aboutir à une mise en jugement, ce qui revient à dire que le système de l'accusation populaire jouait indirectement. Ce système était d'ailleurs conforme au droit commun, représenté par le Code du 3 brumaire an IV, en vigueur depuis un an, qui ignorait le ministère public.

Mais il faut remarquer que, même dans la législation antérieure au 3 brumaire an IV, c'est-à-dire sous l'empire de l'ordonnance de 1670, de même que sous la législation postérieure, c'est-à-dire sous les Codes actuels de 1808 et de 1810, qui toutes deux fonctionnent avec un ministère public, ce dernier n'avait pas le monopole exclusif de l'action publique. Dans notre ancien droit, cette action appartenait à la partie lésée et le parquet n'avait qu'un rôle subsidiaire. Et l'art. 182 C. I. C. est une survivance très nette de cet ancien droit, puisque le procureur vient le dernier dans l'énumération des personnes ayant le droit de citer directement le prévenu à comparaître devant le tribunal correctionnel.

Quoiqu'il en soit, en matière de droit commun, il semble que ce soit la jurisprudence et non pas la loi, qui a fortifié la situation du procureur du roi, au point que ce magistrat s'est arrogé le droit, qui n'est plus contesté depuis un arrêt de la Cour de cassation de

1822, de refuser de poursuivre même quand il y a une dénonciation en forme.

Si l'accusation *quivis ex populo*, rayée du droit commun sous la Restauration, n'avait pas trouvé dans l'armée un refuge absolument inviolable, l'accusation *quivis ex majoribus* lui avait été substituée, et les généraux étaient très prudents pour refuser d'entamer des poursuites, surtout lorsque la connaissance qu'ils avaient d'un délit provenait d'une plainte d'un supérieur hiérarchique.

Cette différence entre le droit militaire et le droit commun ne pouvait pas subsister, mais elle ne pouvait être effacée que par une réforme législative.

Tous les projets de réforme de la loi de l'an V présentés pendant les dernières années de la Restauration, abolissaient toute trace d'accusation populaire et confiaient au commandement militaire le monopole de l'exercice de l'action publique. C'est le Code de 1857 qui, dans son art. 99, a réalisé cette réforme. On ne peut pas dire que les pouvoirs du général ont été étendus; ce sont plutôt les droits des autres chefs militaires et des simples citoyens qui ont été restreints.

D'après cet article 99, le général ne se trouve plus jamais dans l'obligation d'ordonner des poursuites; il a, dans tous les cas, le pouvoir souverain et exclusif sans réformation possible de sa décision, de décider seul le parti qu'il convient de prendre. Ou il signera un ordre d'informer, seule base légale de toute poursuite,

pour ordonner au rapporteur d'ouvrir une instruction judiciaire, ou il prendra au contraire une décision inattaquable portant refus d'informer. Examinons successivement chacun de ces deux cas.

Ordre d'informer.

L'ordre d'informer clôt la phase de la police judiciaire et ouvre la phase de l'instruction, instruction qui est toujours obligatoire en temps de paix, la citation directe étant un procédé exceptionnel du temps de guerre.

Cet ordre correspond donc au réquisitoire introductif d'instance; il est la base légale de toute poursuite en temps de paix.

Naturellement, l'exercice de ce droit d'intenter l'action publique en délivrant un ordre d'informer; subit entre les mains du général les mêmes limitations qu'entre celles du procureur de la république, lorsqu'une autorisation (garantie politique pour les parlementaires), une plainte (adultère, rapt par séduction, lorsque le ravisseur a épousé la mineure de seize ans, diffamation contre les corps constitués) ou une question préjudicielle d'état préalable à l'action publique est nécessaire pour intenter cette action.

Mais il y a des différences profondes entre le réquisitoire introductif d'instance et l'ordre d'informer. Le premier saisit le juge d'instruction *in rem*; le nom

du présumé coupable, lorsqu'il y figure, n'a que la valeur d'une simple indication. Au contraire, l'ordre d'informer saisit le rapporteur non seulement *in rem*, mais également *in personam*; il est limitatif, non seulement en ce qui concerne les faits sur lesquels doit porter l'instruction, mais également en ce qui concerne les personnes sur lesquelles cette information est ouverte. Est-ce à dire que le général ne peut pas ordonner au rapporteur d'ouvrir une information contre des militaires inconnus ? Non, certes; mais le rapporteur sera dans l'obligation, dès qu'il croira avoir découvert les coupables, de demander contre eux un ordre d'informer supplémentaire. Il ne pourrait pas les inculper de lui-même, encore moins les mettre sous mandat de dépôt. Nous n'insistons pas actuellement sur ce point, que nous retrouverons à propos de la complicité dans le chapitre suivant, en étudiant les cas d'intervention du général au cours de l'instruction.

La saisine conférée au rapporteur par l'ordre d'informer est beaucoup plus large quand on la considère *in rem* que quand on la considère *in personam*.

Aucun militaire ne peut être poursuivi sans cet ordre; c'est une règle simple qui n'est susceptible d'aucune interprétation. Le militaire inculpé ne peut être poursuivi que pour des faits visés à l'ordre d'informer; voici une formule singulièrement plus vague dont l'application peut être facilement étendue.

D'une part, une jurisprudence constante admet non

seulement pour l'ordre d'informer, mais même pour l'ordre de mise en jugement, que l'existence d'une circonstance aggravante non relevée n'est pas un fait nouveau, mais une conséquence du fait principal. Le rapporteur habilité magistrat enquêteur par l'ordre d'informer, jouissant à ce titre d'un large droit d'investigation, a donc toute latitude pour enquêter sur les faits qui lui sont soumis, envisagés sous tous les aspects et avec leurs circonstances aggravantes.

Mais la Cour de cassation a été encore plus loin. D'après elle, le rapporteur est saisi des faits délictueux constatés par les procès-verbaux de l'information préliminaire, même s'ils ne sont pas expressément mentionnés dans l'ordre de mise en jugement, pourvu que cet ordre vise ces faits indirectement, par la formule de style : « Attendu qu'il résulte des pièces jointes... » La mention des pièces jointes, dans un ordre d'informer, équivaut à une analyse de ces pièces et le rapporteur est saisi des faits délictueux qu'elles constatent (Cass., 26 mai 1910, *B.* 267, p. 487).

Enfin, la Cour de cassation a même admis la légitimité de poursuites portant sur un délit distinct, bien qu'assez voisin de celui visé par l'ordre d'informer. Le délit de désertion à l'étranger n'est pas le même que le délit de désertion à l'intérieur aggravé de la circonstance que le déserteur a franchi sans autorisation les limites du territoire français. Ces deux délits ont leurs caractéristiques propres. Néanmoins, d'après un arrêt de rejet

du 22 janvier 1914, B. 44, p. 80, l'inculpé contre lequel il a été informé pour désertion à l'intérieur peut, sans qu'un nouvel ordre d'informer ait été délivré, être mis en jugement pour désertion à l'étranger.

Les conséquences de l'ordre d'informer ayant été vues, il nous reste à étudier sur quels éléments le général basera sa décision de donner ou de refuser cet ordre d'informer. Qu'il y ait plainte ou non, il est évident que le général se décidera d'après les renseignements préliminaires recueillis par la police judiciaire, du moins dans la grosse majorité des cas. Certes, il peut aussi décerner un ordre d'informer d'office en l'absence de toute plainte et de tout procès-verbal d'officier de police judiciaire et la légitimité d'un pareil ordre d'informer a été encore tout récemment reconnu par un arrêt de révision de Paris du 10 juillet 1916, statuant sur un moyen tiré de la violation de l'art. 99 du C. J. M., en ce que l'ordre d'informer n'avait pas été donné d'après des rapports, actes et procès-verbaux, dressés conformément aux articles 83, 84, 85, 86, 89, 90, 91, 92 et 97.

« Attendu, dit cet arrêt, qu'aux termes de l'art. 99 C. J. M., le général commandant la division qui a seul le droit d'ordonner la poursuite, à peine de nullité, et qui, en fait, l'a seul ordonnée, peut exercer ce droit d'office dès l'instant qu'il a connaissance qu'un crime ou délit a été commis; que Garfoungel ne saurait par suite se prévaloir des conditions dans lesquelles il a connu les faits et donné l'ordre d'informer. »

La délivrance d'office d'un ordre d'informer est donc légale, mais elle est exceptionnelle.

Normalement, le général qui ne peut pas personnellement vérifier, comme le procureur de la république, la vraisemblance du bien-fondé d'une rumeur publique, attendra les résultats de l'enquête des officiers de police judiciaire, qu'il actionnera au besoin, avant d'ordonner l'instruction.

Or, il est essentiel de remarquer que cette enquête dépasse singulièrement le cadre de l'enquête officieuse ou de l'enquête personnelle du procureur de la république, et qu'elle constitue en fait une véritable information préliminaire. En effet, tous les officiers de police judiciaire militaire peuvent recevoir des témoins, non de simples déclarations seulement, mais des dépositions sous la foi du serment (art. 104 C. J. M.); alors qu'en droit commun ceci est le privilège du seul juge d'instruction (art. 73 et 75 C. I. C.), dont la prééminence, comme officier de police judiciaire, est écrite dans toutes les dispositions de la loi. Egalement, le droit de faire des investigations domiciliaires est accordé, sans distinction, entre les crimes et délits flagrants ou non, à tous les officiers de police judiciaire militaires assimilés à ce point de vue au juge d'instruction requis d'informer (art. 91 C. J. M.), alors qu'en droit commun, le procureur de la république et ses auxiliaires n'ont ce droit qu'exceptionnellement (flagrant délit en matière de crime; délit même non flagrant

commis dans l'intérieur d'une maison lorsque le chef de maison les requiert de le constater) (art. 32, 36 et 49 C. I. C.).

La Cour de cassation a bien décidé dans un arrêt du 26 mai 1910 (B. 267, p. 487), que les actes des officiers de police judiciaire maritime conservent le caractère de simples renseignements, quelle que soit la forme dont ils sont revêtus et ne peuvent à ce titre réagir sur la validité de l'ordre d'informer qui les suit, ni de la procédure ultérieure. Mais le même arrêt encourage les officiers de police judiciaire à recueillir les déclarations des témoins sous serment par l'attendu suivant : « Attendu que si, ni l'art. 116 (marine), ni les dispositions du C. I. C. auxquelles il se réfère, n'exigent que les personnes entendues prêtent serment, ils ne mettent point obstacle à un mode de procéder qui, de même que l'assistance d'un greffier, ne peut qu'apporter un supplément de garantie. »

Un arrêt de révision de la 2^e armée en date du 5 février 1917 marque encore plus fortement les mêmes tendances : « Attendu que, si aux termes de l'art. 104 C. J. M., le rapporteur peut se dispenser d'entendre les témoins dont les déclarations ont déjà été recueillies par un magistrat ou un officier de police judiciaire, il résulte d'une décision du Conseil de révision de Paris, en date du 1^{er} octobre 1880, que le rapport du commissaire rapporteur est vicié dans son essence s'il appuie son avis sur les procès-verbaux d'information dressés

par un officier de police judiciaire, alors que ces procès-verbaux ne sont pas revêtus des formes légales. »

Munis de tels pouvoirs et ainsi incités à s'en servir, les officiers de police judiciaire militaire peuvent se livrer comme les préfets, et se livrent réellement à de véritables informations préliminaires, d'autant plus dangereuses que la loi de 1897 ne s'y applique pas. Et en fait, un chef de corps n'adresse jamais au général une plainte en conseil de guerre sans avoir personnellement, soit par officier délégué, reçu les déclarations du militaire soupçonné si celui-ci veut en faire, entendu les témoins, pratiqué les saisies et perquisitions nécessaires.

Le général a alors toutes les données pour statuer sur l'opportunité de faire ouvrir une information judiciaire, qui ne commence qu'à ce moment en droit mais qui est déjà singulièrement avancée en réalité.

Il est bien entendu que, juridiquement parlant, c'est le général qui intente seulement alors l'action publique. Mais dans le fond des choses, le général, chez lequel le caractère du juge est le caractère dominant, même lorsqu'il déclanche l'action publique, statue déjà en tant que juridiction d'instruction sur cette instruction préliminaire et décide si les charges recueillies sont suffisantes ou non pour renvoyer le militaire qui a été l'objet de la plainte devant le rapporteur constituant un second degré d'information.

Non pas en droit, mais en fait, c'est le colonel qui a

intenté l'action publique, que le général reste maître d'arrêter par un refus d'informer.

Refus d'informer.

Le général est seul juge de refuser l'information. Même le ministre, son supérieur hiérarchique, auquel il doit rendre compte mensuellement de ses refus d'informer, conformément à une circulaire du maréchal Vaillant, ministre de la Guerre en date du 28 juillet 1857, ne peut pas réformer sa décision portant refus d'informer. Le ministre n'est pas *Gerichtsherr* d'appel : il ne l'est qu'en première instance et uniquement sur certaines catégories de personnels : personnel de tous grades placé directement sous ses ordres, officiers généraux et colonels.

D'autre part, si une Cour d'appel, toutes chambres réunies, peut, en droit commun, donner injonction au ministère public de poursuivre, elle ne peut donner cette injonction au général dont la compétence est entièrement différente de la sienne.

Le général a le monopole exclusif de l'action publique. De même que le procureur de la république peut, d'après une jurisprudence constante (et bien que cette jurisprudence qui remonte à un arrêt de cassation de 1822 soit peut-être contraire à l'intention du législateur de 1808 et 1810), classer sans suite une dénonciation même régulière en la forme, le général peut

refuser l'ordre d'informer, même lorsque l'auteur de cette dénonciation prétend avoir été lésé par l'infraction.

Si les décisions de ne pas poursuivre sont sans appel, qu'elles émanent du procureur de la république ou du général, les conséquences sont bien différentes en droit commun et en droit militaire, parce que la constitution de partie civile est possible d'un côté et ne l'est pas de l'autre.

La partie lésée ne pouvant se constituer partie civile, ni devant le rapporteur, ni devant le conseil de guerre, n'a aucun moyen indirect de faire ouvrir l'instruction qui lui est refusée par le général.

Sa seule ressource est d'introduire contre le coupable une action en dommages-intérêts devant le tribunal civil, procédure longue, coûteuse et dangereuse, car la victime n'est pas armée des pouvoirs du rapporteur pour réunir les preuves des faits délictueux qu'elle allègue. Dans ces conditions, elle peut perdre un procès qu'elle eût certainement gagné, si elle s'était présentée devant le tribunal civil, munie d'un jugement prononçant une condamnation pénale contre le coupable.

Il y a donc là, théoriquement tout au moins, car en pratique le refus d'informer est assez rare quand il y a plainte d'un tiers se prétendant lésé par l'infraction, une situation préjudiciable à ce tiers moins bien traité lorsque l'auteur du délit est un militaire que lorsque ce dernier est un civil.

Nous verrons, dans la deuxième partie de notre étude, les moyens de remédier à cette situation que la doctrine doit condamner; et pour le moment nous nous contenterons de discuter les deux raisons justificatives qui ont été formées par les auteurs et commentateurs du Code de 1857.

La première de ces raisons, exacte dans ses prémisses, c'est qu'il est impossible d'admettre la constitution d'une partie civile devant le rapporteur, les conseils de guerre étant incompétents pour statuer sur les intérêts civils et n'ayant à ce point de vue d'autre pouvoir que celui d'ordonner la restitution à leurs légitimes propriétaires des pièces à conviction. Ceci est très juste; mais la déduction à en tirer, selon nous, est de réduire, précisément pour ce motif, le droit du général de refuser, sans aucune opposition possible, la délivrance de l'ordre d'informer.

La deuxième raison fournie est que cette incompétence du conseil qui ne peut pas statuer sur le moindre intérêt civil, et qui ne peut, par conséquent, pas faire droit à une demande reconventionnelle de dommages-intérêts, laisserait l'acquitté sans recours contre son dénonciateur. Ce dernier ne serait même pas condamné aux frais du procès qui se réduisent d'ailleurs au coût du jugement (12 fr.) et aux taxes des témoins. Certes, il est regrettable que les juridictions militaires d'instruction et de jugement n'aient pas en France le pouvoir que lesdites juridictions ont en Allemagne de con-

damner le dénonciateur téméraire à supporter en totalité ou en partie les frais du procès dont il a été la cause.

Quoiqu'il en soit de ce détail, que la quasi-gratuité de la justice militaire française rend encore plus secondaire, cette seconde raison nous paraît inexacte ou tout au moins présentée d'une manière trop absolue. En effet, lorsque le dénonciateur a été de mauvaise foi et qu'il n'a pas simplement manqué de circonspection, il tombe sous le coup de l'art. 373 C. P. On peut regretter évidemment que cette application de l'art. 373 ne puisse être faite, séance tenante, par le conseil de guerre lui-même; mais l'auteur de la dénonciation calomnieuse ou du moins jugée telle par le commissaire du gouvernement, se trouverait bientôt devant ses juges naturels, car le procureur de la république, en dehors de toute plainte du militaire calomnié, sur la simple dénonciation du commissaire du gouvernement, et après étude du dossier, ne manquerait pas de le poursuivre, le cas échéant.

Si maintenant nous envisageons le cas le plus général de l'infraction qui n'a lésé que l'ordre social et le maintien de la discipline, nous estimons que l'exercice de l'action publique est bien placé, sans recours sinon sans contrôle, entre les mains de chefs parvenus au plus haut grade, celui de général de division.

Seule, parmi les grandes nations militaires, l'Italie a une manière tout à fait différente de promouvoir

dans l'armée l'action publique. Cette action est déclanchée par un magistrat militaire, plus exactement par un magistrat civil dépendant du ministre de la Guerre, l'avocat fiscal (1). Cet avocat fiscal est un représentant du commandement, puisqu'il représente le ministre placé au sommet de la hiérarchie militaire; il a toutefois la plus grande indépendance vis-à-vis du commandement local.

Ce n'est qu'en temps de guerre que le général commandant une unité dotée d'un conseil de guerre a des pouvoirs judiciaires.

En temps de paix, le rôle du commandement proprement dit se borne :

1° A l'échelon compagnie, à l'établissement de deux rapports, l'un sur le fait délictueux et les circonstances qui l'ont accompagné, l'autre sur la conduite habituelle du militaire auteur de l'infraction;

2° A l'échelon régiment, à la transmission à l'autorité judiciaire militaire de ces deux rapports, et à la dénonciation obligatoire de l'infraction par le chef de corps.

Mais l'avocat fiscal n'est pas obligé de tenir compte de cette dénonciation; il peut également intenter les poursuites d'office.

1. Depuis la loi du 27 avril 1916, qui a donné à ces magistrats une assimilation de grade en temps de guerre, l'avocat fiscal a pris le titre d'avocat militaire. Nous avons préféré nous servir de l'ancien titre pour éviter une confusion possible avec le défenseur.

Toute la phase de la police judiciaire, y compris l'information de l'officier instructeur, est placée sous la surveillance de ce magistrat. Ce dernier a donc un rôle tout à fait analogue à celui de notre commandant de corps d'armée au cours des informations préliminaires et préalables entre lesquelles la distinction est d'autant moins nette que l'officier instructeur est en principe chargé même de l'enquête préliminaire.

Nous reprochons à ce système de n'établir entre le commandement et le service de la justice militaire qu'une liaison par le haut, exigeant l'intervention d'un échelon trop élevé, le ministre, qui, au surplus, a un caractère aussi politique que militaire.

Nous préférons à tous points de vue la solution française de 1857. Seuls, des chefs expérimentés nous paraissent assez profondément imprégnés de l'esprit et des institutions militaires pour pouvoir, de ce fait, porter un juste jugement sur les infractions, même de droit commun, du soldat, tant au point de vue subjectif de la faute qu'à celui objectif du dommage causé à l'armée et à l'état, et pour décider, d'après le résultat de cet examen, s'il y a lieu ou non de poursuivre. Enfin, une décision judiciaire doit toujours frapper les esprits assez simplistes des soldats et s'imposer à eux, sans discussion possible, ce qui exige qu'elle soit rendue par le haut commandement (1) lui-même, et non par ses représentants.

1. « Dans l'armée, l'autorité ne peut être qu'une : la mili-

Toutes ces raisons semblent concluantes. Je crois néanmoins devoir les corroborer par un passage très connu du rapport du maréchal Pélissier au Sénat, passage qui, sous la phraséologie ordinaire des écrivains du milieu du xix^e siècle, contient beaucoup d'idées que nous approuvons et une idée que nous nous sommes efforcés de réfuter par avance : « Quel est en effet le premier gardien de l'honneur militaire, si ce n'est le chef militaire dans l'étendue de son commandement ? Quel est le juge impartial, parce qu'il est le plus scrupuleux des exigences de l'honneur militaire, si ce n'est le général vieilli au métier des armes et ayant pour lui l'expérience et la maturité du jugement ?

L'honneur des familles est chose aussi sainte que l'honneur militaire ; mais qui oserait dire qu'il sera compromis par la faculté donnée au général de poursuivre ou de ne pas poursuivre, selon les éléments de décision qu'il aura sous les yeux ? Et ne serait-ce pas la plus grave injure qui pourrait être faite à l'homme revêtu du commandement, armé pour la défense des lois et la protection des citoyens, que de douter qu'il puisse ainsi manquer au premier de ses devoirs ?

La crainte de l'impunité est-elle plus sérieuse ? La juridiction militaire est toute de répression, nous l'avons déjà rappelé, et le Code réservé à la partie lésée son action civile devant les tribunaux compétents, où elle

taire. Seuls les organes de l'autorité militaire peuvent donc exercer aussi l'action judiciaire (von Marck, II, 16, 17).

trouve dans cette action une garantie efficace, puisque, si, par impossible, le général se refusait à poursuivre un délit sérieux, certain, l'action de la partie lésée révélerait cette faute, mettrait en mouvement le ministère public, qui, évidemment, interviendrait pour dénoncer le fait, dont l'impunité deviendrait alors un déni de justice.

Reste un dernier argument tiré de la responsabilité que la disposition fait peser sur le général. Cette responsabilité n'est autre que celle que lui imposent les devoirs de sa profession dans leur plus grave expression. Qui la craindrait accuserait une défiance de soi-même ou un manque de fermeté et de décision incompatibles avec la vertu du commandement, et c'est ce qui ne peut se supposer.

Les généraux trouveront, au contraire, dans ce devoir d'appréciation, une nouvelle occasion de prouver que le courage militaire sait s'allier au courage civil et que la justice aura en eux des ministres aussi éclairés et aussi consciencieux que l'armée des chefs habiles et expérimentés. »

CHAPITRE III

ROLE DU GÉNÉRAL AU COURS DE L'INSTRUCTION

Le général, en signant l'ordre d'informer, a clos la première phase de toute procédure criminelle, celle de la police judiciaire, et ouvert la seconde phase, celle de l'instruction.

Si cette instruction tout entière va être dominée par l'ordre d'informer, puisqu'elle ne peut porter que sur les faits et contre les personnes visées par cet ordre, elle ne sera nullement l'œuvre du général. A la différence du Gerichtsherr allemand, le général ne dirige pas, même de très haut, l'information sur laquelle il n'a qu'un droit de surveillance. Cette information doit être conduite, en toute indépendance, par le rapporteur, qui, malheureusement, en l'état actuel des choses, est doublement le subordonné du général, non seulement dans l'ordre militaire, mais aussi dans l'ordre judiciaire. Certes, le général n'utilisera ses pouvoirs disciplinaires contre le rapporteur, ayant agi en tant que magistrat, que lorsque ce dernier aura commis une faute évidente,

telle que celle consistant à oublier une affaire et à causer ainsi une détention préventive exagérée; mais néanmoins, il y a là une situation fâcheuse qui n'existe pas en Italie, où l'officier instructeur est placé sous la surveillance du ministère public, lequel ne dépend que du ministre.

Cette indépendance de l'enquêteur par rapport au commandement est indispensable en Italie où le commandement n'a aucun rôle judiciaire, mais elle est très désirable également en France, où le rôle primordial du général est celui de juridiction d'instruction, c'est-à-dire un rôle exigeant une parfaite neutralité.

Notons tout de suite que ce rôle de juridiction d'instruction ne s'exerce pas forcément toujours après la clôture de l'instruction. Il se peut que les inculpés présentent des exceptions au cours même de cette instruction. Puisque le rapporteur est uniquement chargé de l'enquête et qu'il ne peut statuer lui-même que sur les demandes de mise en liberté provisoire, il ne peut que prendre acte de ces exceptions et en référer au général. Si ce dernier accepte l'exception, nous entrons dans le cas général du non-lieu que nous étudierons ultérieurement. Si, au contraire, l'exception est rejetée, l'inculpé conserve le droit de la produire devant le conseil et de se pourvoir plus tard contre le jugement rendu, dans la limite des art. 122 et 123 C. J. M. Dans le premier cas, l'instruction est close; dans le second cas, elle continue, mais il n'y a pas eu immixtion

du général; si le dossier lui a été envoyé en communication, c'est à seule fin qu'il puisse y puiser les éléments de sa décision.

Mais en dehors de ces cas, le général est parfois forcé d'intervenir dans l'instruction. Ces causes d'intervention sont très peu nombreuses; le législateur de 1857 n'en avait prévu que deux, et les travaux préparatoires prouvent que ces deux causes n'ont été admises qu'à grand'peine. Elles tiennent toutes deux à la nature étroite de la saisine, à la fois *in rem* et *in personam*, conférée au rapporteur par l'ordre d'informer, nature que nous sommes ainsi amenés à approfondir.

Il est un principe qui domine toute notre organisation, c'est qu'un militaire, présent à son corps, ne peut être distrait de son service sans l'ordre ou tout au moins sans l'assentiment de ses chefs. Ce principe n'a que la valeur d'un principe théorique et la manière dont il est appliqué est, dans certains cas, très large. C'est ainsi que, lorsqu'il s'agit de mandats de justice, lesdits mandats sont toujours adressés au commandant militaire du lieu, qui les fait exécuter, sans aucun pouvoir d'appréciation. L'adhésion que le commandant militaire donne à ces mandats est donc forcée; le principe ci-dessus mentionné est donc ramené, dans ce cas, à une simple apparence.

Mais la règle reprend toute sa force, lorsqu'il s'agit d'une arrestation, hors le cas de flagrant délit et a

fortiori d'une information ou d'une mise en jugement. Et ceci explique pour quelle raison le rapporteur est saisi d'une affaire, non pas exclusivement *in rem*, comme le juge d'instruction, mais également *in personam*.

La recherche de la vérité, qui est le but de toute instruction judiciaire, nécessite que celui chargé de découvrir cette vérité possède les pouvoirs indispensables pour remplir sa mission, et parmi ces pouvoirs l'un des plus redoutables, mais des plus utiles, est celui de déterminer préventivement le présumé coupable, tant pour le maintenir sous la main de la justice que pour l'empêcher de faire disparaître des preuves ou de suborner des témoins. Si le rapporteur était saisi *in rem*, il pourrait, après avoir porté ses soupçons sur un militaire non visé par l'ordre d'informer, délivrer un mandat de dépôt contre lui. Le fait que ce mandat de dépôt serait exécuté par le commandant militaire du lieu, n'empêcherait pas celui qu'il désignerait d'être mis en état d'arrestation, non seulement sans l'ordre de ses chefs, mais peut-être même contre leur gré. Et cette raison plutôt médiocre est la seule pour laquelle les pouvoirs du rapporteur sont moins larges que ceux que le juge d'instruction détient, en tant que magistrat chargé de l'information.

Si les investigations du rapporteur ou les déclarations d'un premier inculqué révèlent des complices, le rapporteur n'aura pas la faculté de les inculper, même si lesdits complices ont pris la fuite, renonçant ainsi eux-

mêmes à la protection de leurs chefs. Même dans ce cas, le rapporteur devra en référer au général qui seul a qualité pour délivrer, s'il le juge à propos, un ordre d'informer supplémentaire. Le général ne s'immisce pas dans l'instruction du rapporteur; il décide simplement s'il veut ou non inculper des militaires qui ne sont pas visés par le premier ordre d'informer.

Si les complices, découverts par le rapporteur, ne sont pas justiciables du conseil de guerre, l'intervention du général est encore nécessaire pour dessaisir le rapporteur et envoyer le dossier aux autorités judiciaires civiles compétentes.

Hors le cas de complicité, l'intervention du général est encore à la fois nécessaire et légale, lorsque l'information découvre des faits nouveaux, qui ne sont pas visés par l'ordre d'informer et qui ne résultent pas des pièces jointes à cet ordre (1). Par exemple, si un militaire est poursuivi pour ivresse manifeste et publique, et si l'information découvre qu'il a résisté avec violences et voies de fait aux agents de l'autorité voulant l'arrêter, un ordre d'informer supplémentaire sera nécessaire pour l'inculper de ce délit, bien que ledit délit soit évidemment connexe de la contravention. Il n'en serait évidemment pas de même au cas de cumul idéal

1. Nous avons déjà vu que la formule : « Attendu qu'il résulte des pièces jointes équivaut à l'analyse des dites pièces ; si bien qu'en cas de pluralité d'infractions constatées par les pièces jointes, le rapporteur peut informer sur toutes ces infractions même si elles ne sont pas toutes visées explicitement par l'ordre d'informer.

d'infractions; car alors il n'y a plus connexité de faits, il n'y a plus qu'un fait unique, et la manière de qualifier ce fait n'a d'importance que pour la juridiction de jugement, mais est indifférente pour l'information. Dans le cas intermédiaire entre celui du cumul réel d'infractions qui ne sont pas toutes relevées dans l'ordre d'informer où le rapporteur doit obligatoirement en référer au général et celui du cumul idéal où la question de l'utilité d'un référé ne se pose même pas, c'est-à-dire dans le cas de la découverte de circonstances aggravantes nouvelles ou de l'inexistence de certaines charges changeant la qualification de l'infraction, quelle solution doit-on adopter ? Le doute n'est même pas permis. Le rapporteur étant saisi *in rem* comme le juge d'instruction, doit limiter son information à tel fait; mais, pour que son information soit complète, il doit envisager, sous tous ses aspects, ce fait principal, qui est d'ailleurs indivisible des circonstances qui l'ont accompagné.

La pratique va même plus loin en permettant au rapporteur de continuer son information, non seulement quand il s'aperçoit que l'ordre d'informer ne mentionne pas certaines circonstances aggravantes, ou en mentionne d'inexistantes, mais même quand il découvre que le fait visé est mal qualifié. Ainsi, le rapporteur qui a reçu l'ordre d'informer sur une désertion à l'intérieur et qui acquiert la preuve que l'inculpé a franchi la frontière du territoire français, peut, sans ordre d'in-

former supplémentaire, instruire ce délit de désertion à l'étranger, qui est distinct de celui de désertion à l'intérieur (1). De même, une tentative de voies de fait envers un supérieur peut très bien dégénérer en outrages, le rapporteur n'aura pas besoin d'un ordre d'informer supplémentaire pour instruire sur ce délit d'outrages.

Il nous reste à montrer les difficultés que le rapporteur et le général éprouvent, l'un pour demander un ordre d'informer supplémentaire, l'autre pour juger la recevabilité de cette demande, en pleine connaissance de cause.

Nous avons déjà vu qu'aux termes de l'art. 84 du C. J. M., le rapporteur non saisi n'est officier de police judiciaire qu'en cas de flagrant délit. Or, cette qualité lui est précisément refusée, lorsqu'au cours de son instruction il découvre un fait nouveau, par exemple un fait de complicité, pour lequel l'ordre d'informer ne l'a pas habilité magistrat instructeur.

Supposons, pour fixer les idées, qu'un inculpé lui déclare avoir un complice, qu'il lui désigne et qui est justiciable également du conseil de guerre. Cette déclaration peut sembler suspecte *a priori*; d'autre part, il peut répugner au rapporteur de citer comme témoin ce présumé complice et de le faire déposer, sous la foi du serment, alors que, plus tard, s'il a à informer

1. Cass. Arrêt de rejet, 22 janv. 1914. B. 44, p. 80.

contre lui, ladite déposition pourra avoir la valeur d'un aveu. De plus, si le complice interrogé se doute des soupçons qui pèsent sur lui, il pourra être amené à vouloir se soustraire aux conséquences de sa faute et à désertier, ce qu'il pourra faire en toute liberté, jusqu'à ce que le général ait statué sur sa mise en cause. Si le rapporteur craint cette éventualité, il est désarmé, au point de vue judiciaire, et il ne peut que solliciter des chefs hiérarchiques du présumé complice de vouloir bien faire déténir ce dernier, par voie disciplinaire, et provisoirement, en attendant la décision judiciaire du général. Tous ces détours, toutes ces complications, ne facilitent pas l'information; néanmoins, par suite de l'indivisibilité qui existe entre le fait principal et les faits de complicité, le rapporteur pourra toujours, en enquêtant sur le fait principal, avoir sur les faits de complicité assez de commencements de preuves pour motiver sa demande d'ordre d'informer supplémentaire. Le général, en recevant le dossier, aura donc, le plus souvent, pour savoir s'il doit accorder ou refuser l'inculpation qui lui est demandée, les mêmes éléments d'appréciation que lorsqu'il doit statuer sur la plainte d'un chef de corps étayée par les procès-verbaux de l'officier de police judiciaire.

Il n'en sera pas de même, au cas de découverte d'une nouvelle infraction, n'ayant qu'un rapport de connexité avec celle visée par l'ordre d'informer.

Dans ce cas, le rapporteur ne pourra, ni directement,

ni par une voie détournée, se livrer à une information préalable qu'il n'a aucune qualité pour faire, puisqu'il n'est pas officier de police judiciaire. Son référé en général pourra ne reposer que sur de simples indices et la décision de ce dernier, décision grave puisqu'il s'agit d'une inculpation nouvelle, devra être prise à la légère, éventualité regrettable qu'une extension modérée des pouvoirs du rapporteur permettrait d'éviter.

Même avant la loi du 22 décembre 1917, qui a pour la première fois donné un caractère contentieux à la question de la liberté provisoire non prévue par le Code de 1857, le général était forcé également d'intervenir au cours de l'instruction, lorsque la défense réclamait de sa juridiction gracieuse une mise en liberté provisoire. Cette cause d'intervention illégale, tout au moins non légale, n'a pas été supprimée par la loi du 22 décembre 1917. Le rapporteur, se voyant attribuer dans ce cas unique une juridiction propre, reçoit le pouvoir de signer les ordonnances de mise en liberté provisoire, ce qui restreint les pouvoirs que le général s'était arrogés à ce sujet. Mais l'intervention du général continue à s'exercer dans les cas douteux, à savoir en cas de désaccord entre le commissaire du gouvernement et le rapporteur; lorsque le premier fait opposition à une ordonnance du second, l'opposition est jugée par le général.

A ces trois cas légaux d'intervention du général au cours de l'instruction (découverte d'un nouveau délit,

de faits de complicité, opposition à une ordonnance de mise en liberté provisoire), il faut en ajouter un quatrième imposé par la pratique.

La loi du 8 décembre 1897, sur les garanties de la défense pendant le cours de l'instruction, a semé, sous les pas du juge d'instruction, quantité de prohibitions dont l'inobservation ne peut qu'entraîner la nullité de la procédure viciée; mais cette loi n'a pas songé à donner les moyens d'annuler cette procédure viciée. Le juge d'instruction, qui découvre une irrégularité dans sa procédure, se sert de l'expédient suivant : il rend une ordonnance de soit-communiqué qui est frappée d'opposition par le ministère public, ce qui a pour effet d'envoyer le dossier à la chambre des mises en accusation pour qu'il soit statué sur l'opposition. Cette chambre annule la procédure viciée et ordonne de la recommencer.

Lorsque la loi du 15 juin 1899 a rendu applicable, devant la juridiction d'instruction militaire, les dispositions de la loi du 8 décembre 1897, elle n'a édicté, elle non plus, aucune sanction pour rendre lesdites dispositions obligatoires. L'absence regrettable à tant de points de vue, de chambres de mise en accusation militaires ou tout au moins d'un organe technique chargé de la surveillance des instructions du rapporteur, a rendu plus difficile la découverte d'une solution, qu'il fallait pourtant trouver. Sous l'empire de cette nécessité, le droit prétorien a fait un pas de plus et il a

décidé que, puisque le général est l'autorité qui décide sur les mises en accusation, il peut être investi des pouvoirs que la jurisprudence reconnaît aux chambres de mise en accusation.

La circulaire ministérielle du 30 juillet 1910, s'inspirant de cette idée, a décidé que « ... les rapporteurs près les conseils de guerre devront, à l'avenir, lorsqu'il y aura lieu à l'annulation d'un acte de procédure, entaché d'une des nullités prévues par la loi du 8 décembre 1897, et si le prévenu ne veut pas renoncer à se prévaloir de cette nullité, transmettre le dossier, avec leur avis motivé, au commissaire du gouvernement, lequel l'adressera, avec ses conclusions, au général commandant la circonscription. Cet officier général statuera sur la nullité et ordonnera, le cas échéant, la suppression au dossier des actes déclarés nuls et de la procédure qui les a suivis. » La jurisprudence a approuvé cette manière de faire (1).

1. Révision.

Alger, 13 février 1917.

Sur le moyen pris de la violation de l'article 108 C. I. M. en ce que le général commandant la division d'Oran aurait commis un excès de pouvoir en prononçant l'annulation d'une première procédure d'information suivie contre le demandeur pour les délits de diffamation et d'injures publiques ;

Attendu qu'en matière de justice militaire le général de division est substitué à la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel, et que par suite il peut, comme elle, annuler une procédure irrégulière ou attachée de nullité et ordonner qu'il soit procédé à une nouvelle information conformément à la loi ; que dès lors, le général commandant la division d'Oran n'a pas commis en l'espèce d'excès de pouvoir.

Il eût été évidemment ridicule qu'une nullité viciant le début de l'information et découverte aussitôt ne puisse pas être purgée immédiatement et qu'elle puisse encore, plusieurs mois après, servir de base à un pourvoi en cassation contre le jugement de condamnation. La nécessité du moyen indiqué par la circulaire précitée n'empêche pas que ce moyen n'est qu'un expédient qui a forcé une comparaison entre deux organes judiciaires qui ont autant de points de dissemblance que de ressemblance.

Quoiqu'il en soit, nous voyons que les causes d'intervention du général au cours de l'instruction du rapporteur, sont excessivement rares, puisqu'il n'y en a que quatre. Nous verrons dans notre seconde partie s'il n'y aurait pas avantage à confier à une chambre de techniciens le pouvoir d'annuler les procédures viciées et d'une manière plus générale de surveiller toute l'information du rapporteur. Mais même en l'état de choses actuel, nous voyons que le général français a une situation intermédiaire entre son collègue italien, qui n'a aucune influence, même indirecte, sur l'instruction, et le Gerichtsherr allemand. Loin d'être, comme ce dernier, le maître de l'information, il n'y joue qu'un rôle effacé, bien conforme à la neutralité qu'il doit garder.

L'information étant conduite d'une manière inquisitoriale, recherchant l'aveu et ayant pour base l'interrogatoire, le magistrat enquêteur, qu'il soit juge d'ins-

truction ou rapporteur, est par la force des choses obligé de prendre parti contre l'inculpé.

Cette abstention du général dans la recherche des preuves lui facilite sa tâche de statuer impartialement sur l'opportunité de la mise en jugement ou du non-lieu, c'est-à-dire d'apprécier justement la valeur des preuves réunies par un autre. C'est cette tâche, ce rôle du général en tant que juridiction d'instruction que nous allons étudier dans le chapitre qui suit.

CHAPITRE IV

ROLE DU GÉNÉRAL EN TANT QUE JURIDICTION D'INSTRUCTION

A. — *Non-lieu.*

Nous avons déjà dit à maintes reprises, mais nous sommes obligés d'insister encore sur ce point d'importance capitale, que, sous l'empire de la loi de brumaire an V, le général, en signant l'ordre d'informer, décidait implicitement de la mise en jugement, le jugement étant la seule manière de clôturer l'information. Comme, en pratique, le général donnait toujours suite aux plaintes ou dénonciations sinon contre les officiers, vis-à-vis desquels il se contentait souvent de prendre des mesures extra-judiciaires (mise en non-activité, punitions disciplinaires), du moins contre les hommes de troupe, il en résultait qu'une plainte injustifiée contre un sous-officier ou un soldat amenait forcément ce dernier devant le conseil de guerre. Il y avait là un abus possible, compensé d'ailleurs par tous les avantages de l'accusation *quivis ex populo*, contre lequel

législateur de 1857 a voulu réagir, en laissant arbitrairement au général le droit d'arrêter les plaintes, et même les poursuites.

Cette extension considérable donnée aux pouvoirs que la loi ou la pratique reconnaissait antérieurement au général fût âprement discutée au corps législatif. Déjà, le vote de l'art. 99 du C. J. M., regardé par l'exposé des motifs comme simplement interprétatif de l'art. 12 de la loi de brumaire, décidant qu'aucune information militaire ne pourrait être ouverte sans un ordre d'informer arbitrairement accordé ou refusé par le général, fut précédé d'une longue et vive discussion. Cette discussion reprit, avec une toute autre ampleur, au sujet de l'art. 108 du C. J. M., conférant, pour la première fois, au général, le droit de statuer sur les résultats de l'instruction qu'il a ordonnée, le droit de statuer souverainement sur l'opportunité de convoquer le conseil, alors qu'auparavant il n'avait que le droit purement administratif de choisir la date à laquelle ce conseil se réunirait.

Ce dernier point a été contesté, à l'aide d'un argument que je ne pourrai pas considérer comme sérieux s'il n'était présenté par l'auteur même du projet primitif du Code de 1857, par Victor Foucher, conseiller à la Cour de cassation, grand officier et membre du conseil impérial de la Légion d'honneur, le commentateur le plus connu du Code qu'il avait élaboré en 1855, sur l'ordre du maréchal Vaillant, ministre de la Guerre.

Foucher, suivi par le général Allard, chargé, en qualité de commissaire du gouvernement, de présenter le projet au Corps Législatif et auteur de l'exposé des motifs dudit projet, prétendait que la possibilité du non-lieu n'était pas une innovation et qu'en tous cas cette innovation n'était pas en opposition avec le texte même de la loi de brumaire. L'argument était le suivant : l'art. 22 de cette loi est ainsi conçu : « Le rapporteur rendra compte aussitôt à l'officier commandant de l'état de la procédure, et, sur-le-champ, ledit officier commandant convoquera le conseil de guerre » ; donc, le général convoque le conseil non pas sur l'avis de clôture de l'instruction donné par le rapporteur, mais sur un compte rendu de l'état de la procédure donné par ce dernier. Cela suppose que le général a une certaine appréciation préalable à la mise en jugement et à la convocation du conseil de guerre. Cet argument n'a que la valeur d'un simple jeu de mots ; toute communication adressée par un militaire à son supérieur hiérarchique prenant le nom de compte rendu.

Le texte de l'art. 108 introduisait bien un principe entièrement nouveau et d'une portée considérable. Ce principe fut repoussé d'abord par la majorité de la commission du Corps législatif chargée d'étudier le projet pour des raisons qui sont excellemment résumées dans le rapport déposé, au nom de cette Commission, par M. Langlois, député de la Sarthe. Voici à ce sujet les termes de ce rapport : « Les dispositions (de la loi

de brumaire) paraissent précises, impératives; et, quand on en cherche la raison, on comprend combien elles sont en harmonie avec le sentiment de l'honneur militaire et la dignité de la justice. L'honneur est, comme le patriotisme, le puissant mobile de l'armée; c'est pour ce noble idéal de grandeur qu'elle donne son sang et sa vie. Le militaire, sur qui a pesé l'accusation d'un crime, doit être jugé; car c'est le juge seul qui peut le laver de tout soupçon; ce n'est que porteur d'une sentence de ses magistrats naturels, de ses pairs, prononcée publiquement, qu'il peut rentrer dans les rangs, le front haut.

La dignité de la justice le commande avec non moins d'empire. On ne comprend pas ce pouvoir, qui peut laisser une instruction dans l'oubli, et ne pas faire procéder au jugement d'un crime, quelque graves que soient les charges qui s'élèvent contre l'accusé. L'impunité peut ainsi être assurée au coupable, par le fait de la conviction d'un seul homme qui, sans doute, offre les plus grandes garanties, mais qui peut être trompé. Le soupçon même ne peut pas exister, quand il s'agit de justice. »

Ces deux arguments, d'une valeur inégale, le second étant beaucoup plus sérieux que le premier, ne nous paraissent pas convaincants, en ce qui concerne l'obligation de clore toute information par un jugement et l'inconvénient du non-lieu. Le premier argument, tiré de la conception spéciale que les militaires se font de

l'honneur, a bien perdu de sa valeur depuis que tous les militaires ne sont plus des militaires de carrière; de plus, en quoi un acquittement à la minorité de faveur pourra-t-il réhabiliter un inculpé aux yeux de ses camarades mieux qu'une ordonnance de non-lieu ? Seul, un acquittement à l'unanimité pourrait, peut-être, avoir cette vertu.

Quant au second argument, évidemment beaucoup meilleur, il ne peut servir qu'à condamner les juridictions ne comprenant qu'un seul juge et la déduction à en tirer n'est nullement le rejet du non-lieu, mais la nécessité de ne le faire rendre que par une juridiction d'instruction comprenant plusieurs membres, analogue à la commission d'enquête du Code italien.

Quoiqu'il en soit, ni l'un ni l'autre de ces deux arguments n'a pu décider la majorité du corps législatif à suivre l'avis de la majorité de sa commission. Le principe du non-lieu fut admis et le système du Code adopté par 146 voix contre 64, malgré les efforts de deux orateurs, les généraux Dautherville et Gorse. Un amendement transactionnel du général Le Breton, amendement aux termes duquel l'inculpé, dont l'innocence aurait éclaté au cours de l'instruction, pouvait exiger sa comparution devant le conseil, pour pouvoir établir publiquement l'inanité de l'accusation portée contre lui, fut repoussé, parce qu'on n'a pas voulu laisser, même dans ce cas particulier, la mise en œuvre de la justice

répressive à la merci d'un inculpé, dans un intérêt privé plus ou moins bien entendu.

De ces discussions, tant au sein de la commission qu'en séance au corps législatif, se dégage l'impression très nette que, si le législateur a voulu introduire le non-lieu dans notre Code militaire, il a voulu que ce non-lieu n'intervînt que dans les cas où il ne pouvait subsister aucun doute sur la non-culpabilité. Depuis son adoption, l'idée a fait son chemin, la jurisprudence s'est dirigée dans une voie imprévue, si bien qu'actuellement le non-lieu est considéré comme de règle, chaque fois qu'il subsiste un doute sérieux sur la culpabilité et non pas seulement lorsque la non-culpabilité est certaine.

La question maintenant ne peut plus être discutée ni même être posée. L'adoption de l'art. 108 constitue une amélioration certaine sur la législation antérieure; sans changer le principe traditionnel permettant au général de requérir la mise en jugement de ses subordonnés, il a augmenté les garanties des justiciables, puisque la mise en jugement ne peut résulter que d'un double examen de l'affaire. Du premier examen, qui peut être hâtif, incomplet, basé sur des rapports insuffisants, résulte l'ordre d'informer qui est le préliminaire obligatoire de l'ordre de mise en jugement, qu'il ne fait d'ailleurs nullement préjuger. Le second examen, basé sur les résultats d'une instruction judiciaire, n'a lieu que quelques semaines plus tard, ce qui a son impor-

tance en cas d'ordre d'informer délivré d'office et *ab irato*; le général est éclairé par les avis compétents de ses deux conseillers techniques, le rapporteur et le commissaire du gouvernement; il sera donc en parfaite situation pour prendre une décision impartiale et réfléchie. Cette décision est souveraine, quelle qu'elle soit, même en cas de non-lieu, comme celle portant refus d'informer.

Hors la possibilité de créer un recours contre cette décision du général, il est impossible de trouver un système accordant plus de garanties aux inculpés, à moins de retirer au commandement le pouvoir de requérir la mise en jugement des militaires pour ne lui laisser que le seul exercice de l'action publique. Nous verrons dans la seconde partie que cette solution est celle adoptée par les projets de réforme les mieux étudiés du Code de justice militaire, notamment par le texte voté par le Sénat en 1913.

Par contre, ce second examen de l'affaire par le général est dans bien des cas une complication et une cause de retard inutiles. Lorsque le commissaire du gouvernement et le rapporteur concluent tous deux à la mise en jugement, leur double avis concordant entraîne, en fait, la décision du général.

Au sein de la commission du Corps exécutif chargée d'examiner le projet de 1857, un amendement avait été déposé pour supprimer dans ce cas le second examen

du général (1). Si cet amendement avait prévalu, le rapporteur aurait prononcé sur la mise en jugement, d'une manière définitive, lorsqu'il aurait été d'accord avec le commissaire du gouvernement; à charge d'appel au cas contraire, la décision étant alors réservée au général. La commission n'a pas accepté le principe de cet amendement, ne voulant pas que la décision du général soit remplacée par celle de deux officiers d'ordre inférieur.

Dans certains cas exceptionnels, le général peut, en effet, tout en ordonnant l'information, vouloir garder la possibilité de refuser la mise en jugement, même si l'infraction se trouve juridiquement établie par l'information et malgré les avis contraires du rapporteur et du commissaire du gouvernement. Mais dans le cas le plus fréquent, lorsque le général intente l'action publique avec l'intention bien arrêtée de mettre l'inculpé en jugement, sous la double condition que les faits qui ont motivé la plainte soient établis et que lesdits faits tombent sous le coup de la loi pénale, il est parfaitement regrettable que le général ne puisse pas déléguer au commissaire du gouvernement la faculté d'ordonner la mise en jugement et la convocation du conseil, sur avis conforme du rapporteur. Une pareille délégation permet-

1. Ce système a été adopté par le C. J. M. de Grèce du 31 mai 1860 qui, dans son article 98 force le général à ordonner la mise en jugement lorsque le commissaire rapporteur et le commissaire royal estiment tous deux qu'il y a lieu à mise en jugement.

trait une expédition plus rapide des affaires, ce qui est un avantage précieux en justice criminelle, tant pour empêcher les souvenirs des témoins de s'estomper que pour l'exemplarité de la peine.

Cette condition primordiale de célérité n'a plus aucun intérêt, lorsque les conclusions identiques du rapporteur et du commissaire du gouvernement tendent à un non-lieu, même si l'inculpé est détenu préventivement. Dans ce cas, il n'y a aucun intérêt à ce que l'ordonnance de non-lieu soit rendue quelques jours plus tôt, puisque le rapporteur peut, en vertu de la loi du 22 décembre 1917, ordonner la mise en liberté provisoire qui, sans préjuger de la solution à intervenir, mettra fin à une détention préventive injustifiée.

D'autre part, pour laver l'inculpé de tout soupçon, il peut paraître nécessaire que le non-lieu soit signé par le général même qui a ordonné les poursuites. Cette considération de ne pas ternir l'honneur d'un militaire qui a été inculpé à tort, est telle qu'en 1857 de nombreux orateurs avaient demandé le maintien des dispositions de la loi de brumaire an V qui repoussaient la possibilité du non-lieu et exigeaient un jugement pour clôturer toute information. De toute évidence, l'ordonnance de non-lieu qui n'a pas l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle émane du général, s'imposerait encore moins si elle émanait du rapporteur ou du commissaire du gouvernement qui ne partagent évidemment pas le

prestige du général, même quand ils signent par son ordre.

Enfin nous verrons, dans la seconde partie, que beaucoup d'ordonnances de non-lieu sont basées sur des interprétations d'actes administratifs; et s'il est possible au général, grâce à son double caractère de chef de la justice et de l'administration de son corps d'armée, d'apprécier la légalité d'actes administratifs, il est difficile d'admettre qu'il délègue son pouvoir d'appréciation à un magistrat de l'ordre judiciaire.

Les conséquences du non-lieu sont bien différentes selon les motifs sur lesquels il est basé. S'il est fondé sur l'insuffisance des charges, l'action suspendue pourra être reprise s'il survient des charges nouvelles (art. 246 I. C.). S'il est fondé sur une exception péremptoire comme la prescription, l'action est éteinte et ne peut être reprise dans aucun cas.

B. — *Ordre de mise en jugement.*

De même que le non-lieu, l'ordre de mise en jugement clôture l'information et à la différence du non-lieu, il la clôture d'une manière irrévocable (1). C'est le point

1. Naturellement l'ordre de mise en jugement dessaisit irrévocablement le général; et, si le conseil juge utile un supplément d'enquête, il doit y procéder lui-même par l'intermédiaire d'un juge délégué ou en adressant une commission rogatoire à un officier de police judiciaire. Le rôle judiciaire du général est terminé, les mesures qu'il a à prendre

de départ de la troisième et dernière phase d'une procédure criminelle complète, la phase du jugement. C'est grâce à lui que le général, avant de s'effacer devant la juridiction de jugement, fixe aux juges leur mission, en leur indiquant les faits qu'ils ont à juger.

La citation directe devant le tribunal n'existant pas en temps de paix, l'ordre de mise en jugement ne peut déférer au conseil que des faits qui ont fait l'objet d'une instruction du rapporteur, par conséquent des faits déjà visés dans l'ordre d'informer qui a ouvert l'instruction ou dans un ordre d'informer supplémentaire (1). Il est évident d'ailleurs que le général est investi d'un pouvoir absolu pour apprécier et comprendre dans l'ordre de mise en jugement toutes les circonstances aggravantes résultant de l'information, bien qu'elles n'aient pas été relevées dans l'acte introductif (2).

Ceci n'est que la conséquence de ce que nous avons déjà dit, à propos de la saisine du rapporteur, les circonstances aggravantes étant indivisibles du fait principal. De même, le général peut changer dans l'ordre de mise en jugement, la qualification qu'il avait primitivement donnée dans l'ordre d'informer à des faits déjà visés par cet ordre. Mais il doit préciser ces faits,

pour assurer l'application de la peine rentrant dans son rôle administratif.

1. Arrêts de révision. Paris, 1^{er} oct. 1880, 27 mars 1881, 6 mai 1881. 12 mai 1882, 13 déc. 1883.

2. Arrêts de révision. Paris, 6 juillet 1882.

sans se contenter d'une expression vague ou illimitée, telle que celle de vols militaires, sans spécifier au préjudice de quelles personnes ces vols ont été commis ni quels sont les objets qui ont été soustraits. Dans ce cas, le président ne pourrait poser aucune question, sous peine de commettre un abus de pouvoir; et, en poserait-il, la nullité des réponses serait prononcée en cassation, parce que la notification d'un ordre de mise en jugement aussi imprécis n'aurait pas mis l'accusé en demeure de se défendre (1).

Quelle est l'autorité de cet ordre de mise en jugement et dans quelle mesure les juges sont-ils liés par ses énonciations ?

Au point de vue compétence, cet ordre est seulement indicatif de juridiction et non attributif. Il résulte de l'art. 123 C. J. M. que le conseil de guerre a non seulement le droit, mais le devoir, de vérifier sa propre compétence et de n'exercer ses pouvoirs que dans le cercle qui lui a été tracé par la loi, « le droit et le devoir de tout tribunal étant de juger avant tout sa propre compétence ».

Cette première question ne présente aucune difficulté; il n'en est pas de même de celle ayant trait à l'autorité de l'ordre de mise en jugement sur les points de fait.

L'ordre de mise en jugement n'a de pouvoir que

1. Arrêts de révision. Paris, 1^{er} octobre 1880.

pour déclarer qu'il existe des indices suffisants de la perpétration des faits; il ne lui appartient pas de décider que ces faits existent ou n'existent pas, qu'ils sont ou qu'ils ne sont pas constants. Le général se borne à dégager de l'instruction écrite des conséquences immédiates; il prononce sur des présomptions ou sur des charges, mais non sur des preuves; il examine, d'après les renseignements recueillis par la procédure, s'il est probable que tels faits aient été commis avec telle ou telle circonstance, quel est le caractère apparent de ces actes.

Il suit de là que la décision du général ne peut qu'indiquer provisoirement la nature des faits incriminés et ne lie pas les juges. Ceux-ci ont la mission de faire, après son examen provisoire, un examen approfondi qui, au lieu d'indices, exigera des preuves. A la forme imparfaite d'une instruction écrite, il va être substitué devant eux un débat oral et public. De ce débat, peuvent surgir des modifications des faits relevés par la première procédure, leur physionomie peut varier, des circonstances nouvelles peuvent apparaître ou des circonstances présumées s'effacer.

Si les juges ne sont pas liés d'une manière rigide par les déclarations des faits de l'ordre de mise en jugement, ils ne le sont pas *a fortiori* par les qualifications données à ces faits.

« En effet, ces qualifications sont le résultat de l'appréciation que la général a faite des actes incriminés

ou du rapprochement de ces actes, tels que l'instruction les a constatés, avec les textes de la loi pénale. Or, dans le premier cas, l'appréciation se réfère nécessairement à l'état de l'instruction, à la nature des charges recueillies, au caractère des charges écrites. Et si, dans le second cas, la qualification renferme en quelque sorte une question de droit, puisqu'elle décide que tel fait rentre dans les termes de telle loi; comme l'un de ses éléments est le fait lui-même, élément essentiellement variable, il en résulte également que, si les juges saisis ont le droit d'apprécier les faits incriminés autrement que ne l'a fait l'ordre de mise en jugement, ils ont nécessairement le droit de modifier les premières qualifications qui leur ont été provisoirement données. » (Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, § 453.)

Efforçons-nous de tirer les diverses conséquences de ces principes :

1^e Le président n'est pas tenu, dans la position des questions, de reproduire littéralement les termes employés par l'ordre de mise en jugement; il peut en modifier la formule pour la rendre plus claire et plus exacte, et s'écarter, quant à la forme et à l'ordre de l'exposition des faits, par le dispositif de cet ordre.

2^e Les questions soumises aux juges peuvent même énoncer des faits essentiels à la qualification du délit et qui ont été omis dans l'ordre de mise en jugement.

Ceci est déjà beaucoup plus extraordinaire et demande quelques explications. La Cour de cassation a

assimilé l'ordre de mise en jugement à l'arrêt de renvoi, ce qui est logique, et le rapport du rapporteur à l'acte d'accusation, ce qui l'est moins, car le rapport précède l'ordre de mise en jugement, tandis que l'acte d'accusation est la paraphrase de l'arrêt de renvoi. Néanmoins, un arrêt de cassation du 23 avril 1887 (B. 155, p. 236) déclare que toutes les énonciations comprises dans ces deux documents complémentaires (rapport et ordre de mise en jugement) constituent dans leur ensemble l'accusation sur laquelle les jurés doivent être interrogés.

De très nombreux arrêts de la Cour font au président une obligation de compléter l'ordre de mise en jugement au moyen du rapport, lorsqu'ils établissent leurs questions. Citons au hasard un de ces arrêts en date du 17 novembre 1911 (*Bull.* 526, p. 1002).

« Attendu que la question a été posée au conseil de guerre dans les termes mêmes de l'ordre de mise en jugement; mais qu'au cas où le fait visé et qualifié dans cette pièce n'y est pas légalement défini, il incombe au président de se reporter à l'exposé contenu dans le rapport de l'art. 108 C. J. M., d'y rechercher les circonstances qui caractérisent le crime..., et de modifier ou compléter, le cas échéant, en posant la question, la formule consignée dans l'ordre de mise en jugement. »

(Voir dans le même sens arrêts du 27 septembre

1910, *B.* 500, p. 918; 19 janv. 1911, *B.* 35, p. 66; 30 oct. 1913, *B.* 470, p. 897).

3° Toutes les circonstances modificatives du fait principal qui résultent des débats doivent être soumises aux juges.

La Cour de cassation avait admis dans un arrêt du 16 mai 1840, qu'une Cour d'assises a le droit de poser, comme résultant des débats, non seulement toute circonstance aggravante non mentionnée dans l'acte d'accusation, mais encore toute question qui, quoique formulant une accusation différente de la première, en ce sens qu'elle est prévue par une autre disposition de la loi, n'est toutefois que la reproduction du fait principal envisagée sous un autre « point de vue et présentant un autre caractère pénal ».

Le 13 novembre 1852, avant l'apparition du Code de 1857 qui n'a rien changé à ce sujet, la Cour rendait un arrêt analogue en matière militaire :

« Attendu que cet ordre [de mise en jugement] ne fait pas obstacle à ce que le conseil de guerre n'assigne aux faits dont il est saisi et selon l'événement des débats une tout autre qualification ; que le principe de ce droit de modification, qui résulte, pour les juridictions de droit commun, du texte précis des art. 337 et 338 C. I. C. et dont l'exercice importe à la bonne administration de la justice et à la juste répression des délits, est un principe d'ordre général et absolu, qui domine également les juridictions spéciales comme ré-

sultant virtuellement des lois de procédure et de compétence qui leur sont propres. »

En conséquence, si le général a omis quelque circonstance de l'accusation ou même s'il a limité la prévention, en dégageant le fait incriminé des circonstances aggravantes qui peuvent s'y rattacher, le conseil n'est pas lié par cette omission ou limitation. Il lui appartient d'examiner le fait avec toutes ses circonstances constitutives, atténuantes et aggravantes. Tel serait le cas où, à propos des voies de fait ou d'outrages envers un supérieur, l'ordre de mise en jugement porterait qu'ils ont été commis en dehors du service. S'il résultait des débats qu'ils ont, au contraire, été commis dans le service, il devrait être posé au conseil la question : telle voie de fait (ou tel outrage) a-t-il été commis dans le service ou à l'occasion du service ?

Le droit de soumettre aux juges les circonstances aggravantes résultant des débats peut donc s'exercer, non seulement lorsque l'ordre de mise en jugement ne les a pas mentionnées, mais encore quand cet ordre a admis des faits qui semblent contredire leur existence ou encore quand il les a expressément écartées.

Le président peut même poser comme circonstance aggravante résultant des débats, un délit de blessures volontaires qui aurait été commis dans l'exécution d'un vol.

La difficulté est de séparer avec netteté les faits modificatifs et les faits nouveaux, ceux qui ne font que

reproduire, sous un autre aspect, l'accusation de l'ordre de mise en jugement et ceux qui mettent une accusation nouvelle à la place de la première.

Quand les faits qui résultent des débats ne sont qu'un complément ou qu'une rectification des faits énoncés dans l'ordre de mise en jugement, la réparation d'une omission ou d'une erreur, il ne peut y avoir d'objection à les soumettre au conseil puisqu'il y a identité complète entre ces faits et les preuves, et que la seule différence est une plus grande exactitude dans leur constatation. Ainsi le président peut substituer, comme époque de la perpétration des faits, une date à une autre.

Quand les faits qui résultent des débats impriment aux faits énoncés dans l'ordre de mise en jugement une nouvelle qualification, ils doivent encore être soumis au conseil avec cette qualification nouvelle.

Ainsi, dans une accusation de tentative de meurtre, il peut y avoir lieu de poser la question de coups et blessures volontaires ayant occasionné une incapacité de travail; — dans une accusation d'attentat à la pudeur avec violence, celle d'attentat à la pudeur sans violences, lorsque la victime a moins de onze ans; — dans une accusation de vol d'effets, la question de dissipation.

Les faits nouveaux qui, sans être un développement des faits primitifs, s'y rattachent néanmoins étroitement et sont une des circonstances de la même action,

peuvent encore être soumis au conseil, car ces faits ne présentent point une accusation nouvelle, quoiqu'ils en puissent être séparés. Dans une accusation de vol, par exemple, la question de complicité par recélé peut être posée, parce que le recélé n'est qu'une suite et une modification du vol. Ce cas, toutefois, pourrait être controversé, car nous sommes sur un cas limite. En effet, si la question subsidiaire de recélé n'est pas posée, le général aura la faculté d'en faire l'objet d'une poursuite ultérieure.

Quant aux faits nouveaux qui, n'étant ni une modification ni une dépendance des faits incriminés, en sont entièrement distincts, ceux-là ne peuvent, sous aucun prétexte, faire l'objet d'une question subsidiaire. Ils constituent une accusation nouvelle; le général a seul le droit de la formuler et encore ne peut-il le faire qu'après avoir ordonné une instruction préparatoire et lorsqu'il a en mains les résultats de cette instruction. C'est ainsi qu'il y a lieu de renvoyer l'accusé devant le général pour ordonner des poursuites sur un fait connexe, sauf si ce fait connexe est une circonstance aggravante du fait principal. Ainsi, dans une accusation de meurtre dans laquelle se présenterait un vol concomitant, une question pourrait être posée sur ce fait de vol, attendu que le vol, que le meurtre a précédé, accompagné ou suivi, n'est pas un crime simplement connexe avec le crime de meurtre, mais qu'il en est encore une circonstance aggravante.

Pour résumer et clore cette longue discussion, disons que le jugement devra statuer sur tous les faits précis relevés dans l'ordre de mise en jugement, qui ne peut lui-même viser que des faits ayant déjà fait l'objet d'un ordre d'informer; mais que ces trois pièces, jugement, ordre de mise en jugement, ordre d'informer, peuvent chacun donner auxdits faits une qualification différente.

C. — *Les décisions juridictionnelles du général ne sont susceptibles d'aucun recours.*

La juridiction militaire, non seulement ne connaît pas l'appel, mais elle n'admet les pouvoirs en cassation ou en révision qu'une fois le jugement sur le fond rendu. Il en résulte qu'aucune décision juridictionnelle du général, ordre de mise en jugement, aussi bien que rejet d'exception, ne peut être l'objet d'un pourvoi immédiat.

A cet égard également, ces décisions diffèrent donc des arrêts des chambres d'accusation, contre lesquels le ministère public, les prévenus ou accusés peuvent former des pourvois fondés sur un des moyens de nullité suivants :

1^o Sur la qualification des faits;

2^o Sur ce que le ministère public n'a pas été entendu ou sur ce que l'arrêt n'a pas été rendu par le nombre de juges fixé;

3° Sur l'incompétence;

4° Sur l'omission ou la violation des formes de la procédure antérieure;

5° Sur la composition illégale de la chambre d'accusation;

6° Sur l'admission ou le rejet des exceptions;

7° Sur le refus ou l'omission de statuer sur les délais des réquisitions du ministère public ou des conclusions des parties;

8° Sur le défaut de motifs, ou sur l'omission des mentions prescrites par la loi.

Il importe de remarquer immédiatement qu'en règle générale, ces différents moyens de nullité, qui ne peuvent pas être invoqués contre les décisions juridictionnelles du général et contre la principale de ces décisions : l'ordre de mise en jugement, vicieront le jugement qui sera susceptible d'annulation précisément pour ces mêmes motifs.

Nous avons déjà vu que l'ordre de mise en jugement, à la différence de l'arrêt de renvoi, ne couvre pas les irrégularités commises dans la procédure antérieure et que ces irrégularités pourront être relevées, comme moyens d'annulation, après le jugement sur le fond.

De même, les exceptions d'incompétence ou autres rejetées par le général peuvent être posées à nouveau devant le conseil et ultérieurement devant la Cour de cassation.

Le droit de se pourvoir est donc dans ces différents cas reculé, suspendu, mais non supprimé.

Il n'en est pas forcément toujours ainsi, lorsque le moyen de nullité invoqué est basé sur une fausse qualification des faits.

En effet, les faits peuvent, dans deux cas que nous connaissons déjà, être mal qualifiés dans l'ordre de mise en jugement et être exactement et légalement qualifiés dans la sentence, sans que cette discordance entre ces deux pièces doive fatalement entraîner la cassation du jugement.

1^o Le président peut et a le devoir, lorsqu'il établit ses questions, de compléter et même de corriger les énonciations de l'ordre de mise en jugement au moyen de la seconde des pièces dont l'ensemble constitue l'accusation; c'est-à-dire au moyen du rapport établi en exécution de l'article 108.

2^o Le président peut, après avoir posé les questions résultant de l'ordre de mise en jugement, en poser d'autres, à titre subsidiaire, comme résultant des débats.

Si donc l'ordre de mise en jugement n'a pas relevé un des éléments essentiels du délit qu'il vise, soit par omission (1^{er} cas), soit parce que l'instruction n'a découvert sur cet élément ni indice, ni commencement de preuve (2^e cas) et si cet élément est précisément établi au cours des débats oraux, la sentence pourra fort bien être inattaquable, bien que non conforme à l'ordre de

mise en jugement. Le vice initial de ce dernier aura été purgé. Le conseil, qui n'aurait même pas dû être réuni, aura prononcé une condamnation irréfragable et d'ailleurs équitable.

Sans insister autrement sur ce cas d'ailleurs exceptionnel où le vice affectant l'ordre de mise en jugement ne s'est pas transmis au jugement lui-même, en restant au cas général où le jugement est conforme à l'ordre de mise en jugement, voyons comment s'exercera ce contrôle *a posteriori* de la Cour de cassation sur la qualification des faits.

La Cour de cassation se reconnaît le droit d'examiner les faits uniquement pour rechercher leur véritable rapport avec la loi; mais son examen et son appréciation ne portent que sur les faits retenus et constatés par le jugement ou par l'arrêt qui lui est déféré. Dans ces limites, elle peut contester les conséquences légales que cet arrêt a tiré du fait après l'avoir constaté.

Il est évident que ce droit de regard sur les faits est singulièrement étriqué toutes les fois où la Cour de cassation doit examiner, non pas un jugement motivé, mais un jugement de conseil de guerre ou un arrêt de cour d'assises qui ne le sont pas. Alors, la Cour de cassation ne peut examiner les faits que tels qu'ils résultent des réponses aux questions de culpabilité. Or, comme ces questions sont posées en se servant des termes mêmes de l'article du Code visé dans la très grosse majorité des cas; ce qui revient à dire que ces

questions seront rédigées légalement, puisque conformément à la loi, les réponses à ces questions posées d'ailleurs conformément à l'ordre de mise en jugement seront irréfragables.

Si, par exemple, c'est une tentative qui est reprochée au prévenu, les questions pourront être et seront en réalité posées au conseil de la manière suivante : X... est-il coupable d'avoir le... à... tenté de... ?

Cette tentative a-t-elle été marquée par un commencement d'exécution qui n'a manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur ?

Le conseil aura non seulement décidé souverainement que X... a commis un certain nombre de faits, mais également que tels de ces faits constituent une tentative, et que tels autres constituent un commencement d'exécution, soit deux questions mitigées de droit et de fait.

Il est facile de multiplier les exemples. Un soldat a été poursuivi et condamné pour refus d'obéissance, ce refus ayant consisté à refuser, malgré l'ordre d'un médecin-major, de se laisser opérer d'une hernie qui le rendait inapte au service armé. La question résolue affirmativement a été posée en ces termes : X... est-il coupable de n'avoir pas obéi, le... à... à un ordre de service à lui donné par son supérieur, le médecin-major Y... ? La Cour de Cassation n'a aucun moyen de décider si l'ordre de se soumettre à une opération chirurgi-

cale dont la question ne parle même pas peut oui ou non être assimilée à un ordre de service.

Pour en finir avec ce point, nous ajouterons comme troisième exemple le cas de mutilation volontaire souvent assimilée par une jurisprudence hardie à l'abandon de poste.

Notre exemple est tiré d'un arrêt de révision de la 5^e armée du 2 août 1916; il diffère des précédents en ce que le contrôle de la qualification était possible, la question ayant spécifié qu'il s'agissait d'une mutilation volontaire. Le conseil de révision s'est contenté de rejeter le moyen avec les attendus suivants :

« Attendu que la question posée est la suivante : Le caporal Chevalier est-il coupable d'avoir, le 6 juillet 1916, dans les tranchées de Lassy (Aisne), abandonné son poste par suite de mutilation volontaire... ?

« Que le conseil de guerre, en y répondant affirmativement, a statué sur un fait d'abandon de poste nettement caractérisé dans lequel la mutilation volontaire n'est mentionnée que comme moyen employé par l'accusé pour commettre ledit abandon de poste;

« Attendu, en outre, que la question renferme tous les éléments constitutifs de l'abandon de poste et est conforme à l'ordre de mise en jugement; qu'enfin l'article 213 prévoit et punit l'abandon de poste, sans spécifier ni limiter les moyens par lesquels il devra être perpétré pour tomber sous le coup de la loi. »

Nous arrivons donc à cette conclusion, selon nous tout

à fait certaine, qu'il suffit que les questions posées au conseil soient conformes à l'ordre de mise en jugement et reproduisent les termes de la loi pour être irréfragables. Le contrôle de la qualification des faits par la Cour de cassation se réduit à la vérification de l'existence des qualités constitutives du délit visé telles qu'elles sont définies par la loi. Cette vérification, si minime soit-elle, est encore incertaine, puisque l'ordre de mise en jugement et les questions peuvent fort bien substituer le terme défini, vol, par exemple, à la définition elle-même, soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Cette substitution, éminemment dangereuse surtout avec des juges jurés qui ne se rendent bien compte des caractères légaux du vol que par l'indication de ces caractères qui en est faite par la loi elle-même, vient encore restreindre la possibilité pour la Cour de cassation d'exercer son maigre droit de contrôle.

Certains conseils de révision ont bien compris, pendant la guerre, le danger de cette absence de contrôle. Ils ont voulu que leur critique de la qualification des faits soit plus effective que celle de la Cour de cassation, entraînés vraisemblablement dans cette voie par ceux de leurs membres qui, provenant de cours d'appel, se déshabituèrent difficilement de leur fonction du temps de paix où ils ne séparaient pas le fait du droit.

Quoi qu'il en soit, de multiples arrêts de révision ont condamné la substitution du terme défini à la définition elle-même telle qu'elle résulte de la loi.

Un arrêt de révision de Paris du 26 mai 1916 spécifie que la question soumise aux juges ne doit pas se borner à énoncer le terme légal de l'infraction, mais doit contenir tous les éléments constitutifs du crime ou délit pour lequel le prévenu est traduit devant le conseil.

Deux arrêts de révision de la 6^e armée, l'un en date du 5 août 1916, l'autre en date du 10 octobre 1916, déclarent que la pratique qui consiste à ne viser que le seul terme légal de l'incrimination doit être considérée comme vicieuse et contraire aux prescriptions de l'article 132.

Il est plus difficile, mais il n'est pas impossible de trouver quelques arrêts de révision cassant des jugements reproduisant les termes de la loi, après un examen de faits non relatés dans le jugement. Citons l'arrêt de révision d'Alger du 15 septembre 1916 dans une affaire d'outrages par menaces, où nous relevons les attendus suivants :

« Attendu, en droit, qu'aux termes de l'art. 224 C. J. M., l'outrage n'est punissable que dans le cas où le militaire a outragé son supérieur par paroles, gestes ou menaces; attendu que ledit article ne comprend pas les outrages contenus dans une lettre missive adressée à un supérieur et dont il a eu connaissance; qu'il ne peut dès lors être appliqué qu'aux menaces prononcées de vive voix et adressées au supérieur et en sa présence...

Attendu, en fait, que suivant l'ordre de mise en juge-

ment, le délit d'outrages envers un supérieur, relevé à l'encontre de Forner, a revêtu la forme de deux lettres missives adressées directement à ce supérieur;

Attendu que le fait ainsi caractérisé et reconnu constant par le conseil de guerre ne présentait pas les éléments constitutifs dudit délit prévu et réprimé par l'article 224 C. J. M. »

Cet arrêt nous paraît absolument contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation et il est facile de le mettre en opposition avec d'autres arrêts de révision. Le Conseil de Bordeaux, dans sa séance du 25 août 1916, a adopté une solution diamétralement opposée dans une affaire très analogue d'outrages par paroles.

« Attendu, dit ce dernier arrêt, qu'il appartenait au conseil et à lui seul de rechercher si les propos dont la loi ne peut déterminer limitativement la manifestation avaient eu, à raison de l'intention offensante de leur auteur et de la qualité de celui auquel ils étaient adressés, le caractère des outrages réprimés par l'art. 224 C. J. M.

« Que dans ces conditions, la déclaration par laquelle les premiers juges ont reconnu constante l'existence d'outrages par paroles est irréfragable et échappe au contrôle du conseil de révision. »

Mais alors si les réponses du conseil sont irréfragables dès que les questions sont conformes à l'ordre de mise en jugement et reproduisent les termes de la loi, quel moyen détourné reste-t-il à la défense pour

obtenir l'examen par la Cour de cassation du point de droit qui vicie selon elle la qualification ?

Le premier moyen qui vient à l'esprit, c'est d'obtenir, grâce à un dépôt de conclusions, un jugement motivé dont les motifs mêmes seront soumis en droit à la censure cette fois vraiment effective de la Cour de cassation.

Si le conseil répond à ces conclusions, la défense aura atteint son but; mais le conseil n'y répondra pas et ne peut pas y répondre toutes les fois où la défense demande qu'il lui soit donné acte de l'inexistence d'une des conditions constitutives du délit. En effet, le conseil ne peut pas trancher avant faire droit la question de culpabilité. La Cour de cassation en a ainsi décidé dans plusieurs arrêts, notamment un arrêt de rejet du 24 janvier 1908 (*B.* 33, p. 64), et dans un autre arrêt de rejet du 12 juillet 1912 (*B.* 402, p. 737).

« Attendu, dit le premier de ces deux arrêts, que si en l'espèce il était articulé dans les conclusions de la défense que les caractères constitutifs du délit prévu par l'art. 224 C. J. M. faisaient défaut, parce que l'outrage n'aurait pas été adressé directement au supérieur, il ne peut être fait grief au conseil de guerre de ne pas s'être expliqué par anticipation sur ce moyen, dont la solution devait résulter virtuellement de la réponse à la question qui serait posée d'après l'ordre de mise en jugement. »

Il faut remarquer que ni l'ordre de mise en juge-

ment, ni l'art. 224, ne comportent le mot directement. Il en résulte que le conseil peut à bon droit regarder comme élément ou caractère constitutif un caractère qui ne résulte pas de la définition légale. La définition légale du vol est la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui, mais une jurisprudence constante exige en outre la concomitance entre la soustraction et l'intention frauduleuse.

Si la défense demande qu'il lui soit donné acte dans une affaire de vol non militaire qu'il n'y a pas eu concomitance entre la soustraction et l'intention frauduleuse, le conseil n'a pas à répondre selon nous.

Les conclusions ne nous donnent donc pas la solution du problème envisagé, lorsque ces conclusions visent à obtenir, avant faire droit, soit un donné acte, soit un jugement motivé de rejet.

Les conclusions doivent, selon nous, car cette opinion n'a jamais été envisagée à notre connaissance, tendre à ce que les questions de culpabilité soient posées dans des termes autres et plus explicites que ceux de l'ordre de mise en jugement. Dans l'affaire de vol envisagée plus haut, la défense demandera par exemple qu'il soit posé une question supplémentaire relative à la concomitance.

La grosse objection qui sera sûrement faite à un pareil système, c'est qu'il est inadmissible que la mission qui incombe aux juges d'après l'ordre de mise en juge-

ment soit modifiée à la demande de la défense. Nous ne trouvons pas cet argument péremptoire.

Le président qui rédige les questions d'après l'ordre de mise en jugement peut rectifier ou compléter les énonciations de l'ordre de mise en jugement, grâce au rapport de l'art. 108, et cela aussi bien *proprio motu* que sur la demande de l'accusation ou de la défense. La seule difficulté est de savoir si le refus du président peut être écarté par le conseil.

Nous le croyons en nous fondant sur une raison d'analogue. Dans un arrêt de rejet du 22 décembre 1906, B. 467, p. 860, refusant de casser une condamnation prononcée pour homicide volontaire, nous relevons les attendus suivants :

« Attendu que ces qualifications étaient conformes à celles formulées dans l'ordre de mise en jugement (homicide volontaire);...

Que si le résultat des débats paraissait à l'accusé ou à son conseil justifier la prévention dont il s'agit (homicide par imprudence), il leur appartenait de conclure à ce qu'une question subsidiaire fut posée au conseil de guerre. »

Donc, le pouvoir du président n'est pas exclusif lorsqu'il s'agit de poser une question subsidiaire, résultant des débats. La défense peut également exiger qu'une question d'excuse soit posée et tout fait d'excuse, admis comme tel par la loi doit, quand il est conclu par la défense, être, à peine de nullité, soumis au conseil de

guerre (Cass., 31 mars 1911, *B.* 180, p. 354). Pourquoi la défense ne pourrait-elle pas conclure à la position d'une question supplémentaire ?

Si l'on admet cette possibilité, l'on voit qu'en cas de contestation sur la qualification d'un délit, la question supplémentaire serait d'une application bien plus générale que la question subsidiaire. Pour qu'on puisse poser une question subsidiaire, il faut qu'il y ait disqualification du délit et non suppression. De plus, le conseil ne répondra à la question subsidiaire que s'il a écarté la question initiale. En réalité, la question subsidiaire est plutôt une arme pour l'accusation que pour la défense.

Naturellement, qu'il s'agisse de question subsidiaire ou de question supplémentaire, le conseil peut rejeter les conclusions de la défense, mais il ne pourrait le faire que par jugement motivé, et ce jugement sera forcément motivé en droit.

Dans la question de vol, le conseil ne pourrait motiver le rejet de conclusions demandant la position d'une question sur la concomitance que par des attendus de cette nature :

« Attendu que la concomitance de la soustraction de la chose d'autrui et de l'intention frauduleuse n'est pas exigée explicitement par la loi;

« Que par suite cette concomitance n'est pas une condition essentielle du délit;

« Qu'une question posée à ce sujet serait superflue... »

Un pareil jugement pourrait encourir la censure de la Cour de cassation, et sa cassation entraînerait l'annulation de la procédure qui l'a suivi.

Si au contraire les conclusions sont admises, le contrôle de la Cour de cassation sera encore facile, puisque les questions de culpabilité auront été posées d'une façon complète, explicite et détaillée.

De cette façon, la défense peut éviter sûrement qu'une erreur de droit du conseil n'amène une condamnation définitive lorsque le délit a été mal qualifié par l'ordre de mise en jugement. Il n'en reste pas moins vrai que l'accusé civil aurait pu, dans des circonstances identiques, éviter non seulement la condamnation définitive, mais même le renvoi aux assises en se pourvoyant en cassation contre l'arrêt de renvoi.

Ceci ne constitue pas obligatoirement un argument supplémentaire en faveur de la création de commissions d'accusation analogues à celles qui fonctionnent en Italie sous le nom de commissions d'enquête. Cette création n'a nullement comme corollaire forcé l'abandon du principe qui, pour bannir toute lenteur de la procédure militaire, ne permet le pourvoi qu'une fois le jugement rendu. Et cela est si vrai qu'en Italie l'avocat fiscal ne peut demander l'annulation devant le tribunal suprême de guerre et de marine d'une sentence de la commission d'enquête qu'en cas de non-lieu, et que d'autre part l'inculpé ne peut demander cette annulation dans aucun cas.

CHAPITRE V

COMPARAISON DES POUVOIRS JUDICIAIRES DU GÉNÉRAL AVEC CEUX DES PRÉFETS, DES MAGISTRATS ET JURIDICTIONS DE DROIT COMMUN.

Si l'on excepte les fonctionnaires des douanes, des contributions indirectes, des eaux et forêts, dont les droits ne dépassent guère ceux accordés à la partie civile, le préfet dans les départements, le préfet de police à Paris et le général sont les seuls fonctionnaires de l'ordre administratif qui peuvent exercer des pouvoirs judiciaires. Nous nous trouvons en face de deux exceptions tout à fait remarquables à la règle de la séparation des pouvoirs.

Mais cette règle elle-même formulée par Montesquieu dans le but d'éviter la tyrannie en opposant le pouvoir au pouvoir est-elle applicable à la société militaire bâtie non sur le principe de liberté, mais sur le principe de discipline, est-elle compatible avec le principe même de l'armée, où, selon le mot de Washington, « doit régner le plus parfait despotisme » ? Evidemment non.

Quoiqu'il en soit, une grosse différence sépare les pouvoirs des préfets de ceux des généraux. Tandis que les premiers peuvent faire personnellement tous les actes qu'embrasse le cercle de la police judiciaire, tel qu'il est tracé par l'art. 8 C. I. C., les seconds n'ont que le droit de requérir les officiers de police judiciaire militaire de procéder à ces actes. Par contre, ils ont d'importants pouvoirs de juridiction que les préfets n'ont pas.

D'autre part, en dehors de la déclaration de l'état de siège, la compétence du général ne s'étend que sur les seuls militaires, c'est-à-dire sur une catégorie de citoyens qui ne jouit pas de la liberté. Au contraire, la liberté de tous les citoyens peut être menacée par les pouvoirs judiciaires conférés aux préfets, dont le rôle administratif se double d'un rôle politique. Enfin, les généraux, parvenus au suprême degré de la hiérarchie militaire, propriétaires de leur grade en vertu de la loi de 1837, semblent devoir être, le cas échéant, des instruments moins dociles que les préfets aux injonctions du pouvoir central dont ils dépendent d'ailleurs étroitement (1).

1. Cette dépendance étroite ne leur est d'ailleurs pas particulière : les membres du ministère public y sont également astreints. Le juge d'instruction lui-même, théoriquement indépendant en tant que juridiction, ne l'est pas, en tant que magistrat chargé de l'information.

Il a, comme supérieurs directs et avoués, le procureur général et le garde des sceaux ; il n'est même pas si indépendant qu'il devrait l'être du procureur de la république

Bréf, ce n'est pas aux préfets, et malgré le caractère administratif qui leur est commun, qu'il faut comparer les généraux agissant comme chefs de la justice militaire de la circonscription qu'ils commandent, c'est avec les différents fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

Ils ressemblent aux procureurs généraux en ce que, comme ces derniers, ils ont la haute surveillance de la police judiciaire.

Ils ressemblent aux procureurs de la république, en ce que, comme eux, ils ont le libre exercice de l'action publique. Ils ressemblent enfin aux juges d'instruction en ce que, comme eux, ils sont une juridiction d'instruction composée d'un juge unique.

Mais, de ces vagues ressemblances, il ne faut pas se hâter de conclure que le général cumule les pouvoirs qui, de droit commun, sont répartis entre ces trois magistrats. En réalité, il a des pouvoirs propres et exclusifs qui, par certains côtés seulement, rappellent ceux de différents organes judiciaires.

Le général diffère des avocats généraux et procureurs non seulement parce qu'il n'a pas la faculté de requérir comme eux, soit en matière criminelle, soit

qui, étant appelé à le noter, peut avoir une influence sur son avancement.

Par suite de l'indivisibilité qui existe entre les deux missions qui lui sont confiées : informer et juger, le juge d'instruction risque toujours de se voir retirer l'instruction, lorsqu'il prend une décision, même purement juridictionnelle, susceptible de déplaire au pouvoir.

en matière correctionnelle, ce qui l'empêche de soutenir personnellement l'acte d'accusation que constitue l'ordre de mise en jugement, non seulement parce qu'il n'a pas les droits du procureur de la république de faire des actes d'instruction en cas d'infraction flagrante, mais également en ce qu'il ne peut, comme ce dernier, user de la citation directe en matière de délit, et que, s'il peut mettre en jugement ses justiciables, il ne peut pas le faire *ab irato* et à la légère. Même en matière correctionnelle, même en matière de simple police, il est forcé de commencer par ordonner une information, et ce n'est que, lorsqu'il a les résultats de cette information, qu'il peut prendre une seconde décision ordonnant la comparution de l'inculpé devant le conseil de guerre. Néanmoins, on peut trouver une certaine similitude entre les attributions du général et du procureur, lorsque le premier délivre un ordre d'informer d'office, c'est-à-dire lorsque c'est lui réellement qui intente les poursuites et lorsque le second use de la citation directe, en matière correctionnelle, c'est-à-dire lorsqu'il décide de la mise en jugement.

C'est plutôt avec les juridictions d'instruction qu'on peut serrer davantage le rapprochement. En matière criminelle, le général a, pour décider de l'accusation, un pouvoir de juridiction analogue à celui de la chambre des mises en accusation, et, en matière correctionnelle, il a des pouvoirs identiques à ceux que la chambre du conseil a gardés jusqu'à la date du 17 juillet 1856.

Lesdits pouvoirs ayant été transférés par cette loi au juge d'instruction, nous sommes amenés à un parallèle entre ce magistrat et le général, parallèle qui, hâtons-nous de le dire, marquera plus de dissemblances que de ressemblances.

Tandis que le général, après la délivrance de l'ordre d'informer, n'est plus qu'exclusivement une juridiction d'instruction, le juge d'instruction, requis d'informer, est, en même temps que juridiction, magistrat enquêteur. Chargé d'une mission inquisitoriale, de réunir les preuves, faisant de l'interrogatoire la base de son information, étant dans ce rôle l'adversaire forcé de l'inculpé, le juge d'instruction est donc beaucoup moins bien placé que le général pour statuer impartialement sur la prévention.

Mais, pourrait-on objecter, et cette objection n'est pas sans valeur, il est un cas où le général a pris parti contre l'inculpé en délivrant contre lui un ordre d'informer d'office, dans ce cas le général a des pouvoirs plus étendus que ceux du juge d'instruction, puisqu'alors il cumule réellement les fonctions de ce magistrat avec celles du procureur de la république, l'exercice de l'action publique et le rôle de juridiction d'instruction.

Personnellement, nous ne sommes pas éloigné de trouver qu'en effet, en l'espèce, les pouvoirs du général sont exorbitants; mais cette confusion de pouvoirs se rencontre, très souvent, et singulièrement aggravée, en

droit commun, tout au moins en matière délictuelle. Nous avons déjà mentionné le cas où le procureur use de la citation directe et où, par conséquent, il décide lui-même de la mise en jugement. Nous citerons également, sans insister, le cas où le juge d'instruction peut se saisir, lui-même, sans réquisitoire introductif d'instance du procureur de la république. Mais, même dans le cas général où le juge d'instruction est saisi par ce réquisitoire, il n'est saisi qu'exclusivement *in rem*. Par conséquent, c'est lui qui inculpe tel ou tel individu, c'est lui qui le fait déténir préventivement, c'est lui enfin qui apprécie les résultats d'une information qu'il n'a pas ordonnée, mais qui est son œuvre.

Notre conclusion c'est qu'en eux-mêmes, lorsqu'il s'agit de délits, les pouvoirs du général sont bien moins excessifs que ceux du juge d'instruction. Mais, et c'est là qu'est le danger, les décisions du général sont souveraines, tandis que les ordonnances du juge peuvent être frappées d'opposition. La même remarque s'impose, en matière criminelle, lorsque l'information est terminée directement par un non-lieu.

Ce n'est donc pas aux ordonnances du juge d'instruction, c'est plutôt aux arrêts de la chambre des mises en accusation, qu'il faut comparer les arrêts du général qui, comme cette chambre, statue souverainement sur les mises en accusation. Une première différence entre ces deux organes, c'est que les arrêts de

la chambre des mises en accusation peuvent motiver des pourvois en cassation.

Mais il y a bien d'autres différences dont l'une est fondamentale. A une exception près que nous retrouverons plus bas, le général juge en première instance, tandis que la chambre des mises en accusation juge les oppositions à des ordonnances ou constitue un second degré d'instruction.

Le général n'a nullement ce dernier caractère; certes, il peut, après la clôture de l'instruction, estimer que l'information est incomplète, que les éléments qu'elle lui donne sont insuffisants pour lui permettre de prendre une décision éclairée. Il est évident qu'il pourra ordonner au rapporteur de se livrer à une information supplémentaire, car lui refuser ce droit serait une absurdité. La chambre des mises en accusation n'a pas exactement le même pouvoir, puisqu'elle ne peut pas ordonner au juge d'instruction de compléter son information, mais elle a le droit de recourir à une mesure analogue, celle de déléguer un de ses membres pour entendre de témoins, ni se livrer personnellement à jugés utiles. La raison de la différence est facile à saisir : le général, juge unique, représente la chambre des mises en accusation; comme elle, il ne peut ni entendre de témoins, ni se livrer personnellement à aucun acte d'instruction et il n'a pas la ressource de pouvoir déléguer un de ses membres. Il est vrai que, comme la chambre des mises en accusation, il pourrait

envoyer des commissions rogatoires, mais alors il s'immiscerait dans l'instruction, ce que la loi ne veut pas (1), et ce qui serait une raison suffisante pour qu'il ne puisse pas être juge délégué même si, au lieu de constituer toute la juridiction d'instruction, il en faisait simplement partie.

Depuis la loi du 22 décembre 1917, qui a donné au rapporteur le droit de rendre les ordonnances statuant sur la mise en liberté provisoire des inculpés militaires, les oppositions auxdites ordonnances sont portées devant le général qui a alors un rôle identique à celui de la chambre des mises en accusation, saisie d'un pourvoi contre une ordonnance du juge d'instruction relative à une mise en liberté provisoire.

Par contre, les autres ressemblances qu'on a parfois voulu souligner entre le général et le chambre des mises en accusation sont ou superficielles ou forcées.

1. Nous avons vu, dans le chapitre III, que, dans l'esprit du Code de 1857, les cas d'intervention du général au cours de l'information sont excessivement rares. La commission ministérielle, présidée par le président du Conseil d'état, chargée d'examiner l'avant-projet du C. J. M. établi par Victor Foucher sur l'ordre du maréchal Vaillant, hésita beaucoup, lors de la discussion de l'article 106, avant de décider que le rapporteur, découvrant un fait de complicité, en référerait au général. La commission ne s'est décidée à accepter ce cas unique d'intervention du général au cours de l'information que pour ne pas sacrifier un autre principe, à savoir qu'aucun militaire ne peut être arrêté, hors le cas de flagrant délit, que sur l'ordre de ses chefs directs, et qu'il ne peut être l'objet d'une information qu'en vertu d'un ordre du général commandant la circonscription territoriale.

C'est ainsi que nous avons déjà démontré que, si le général a été appelé, pour des raisons pratiques, à exercer les mêmes fonctions que la chambre des mises en accusation pour annuler les procédures viciées, ni l'un ni l'autre de ces deux rouages judiciaires n'a été chargé de ce soin par la loi de 1897, qui n'a même pas sanctionné les contraventions aux prohibitions de son texte. La sanction ne pouvant être que la nullité, il a fallu recourir aux subterfuges de la pratique, pour annuler ces procédures. Ce soin ayant été plus ou moins arbitrairement confié au général et à la chambre des mises en accusation, il ne faut pas voir là une raison de similitude entre ces organes, puisqu'au contraire cette solution n'est qu'une conséquence de ladite similitude, déjà remarquée antérieurement.

La conclusion de ce chapitre, c'est que les pouvoirs accordés au général par le Code de 1857, au point de vue judiciaire, ne sont nullement hétéroclites; il ne faut pas y voir un *compositum mixtum* des pouvoirs répartis en droit commun entre le procureur de la république, le juge d'instruction et la cour d'appel. S'ils s'en rapprochent par certains côtés, il ne faut pas s'en étonner puisque la procédure militaire a été calquée sur celle du droit commun toutes les fois où cela était possible, sans contrarier le principe traditionnel que le législateur de 1857 a non seulement conservé, mais aggravé, à savoir que le commandement a le droit exclusif et souverain de mettre en jugement les militaires.

Ce principe, qui n'est pas admis d'ailleurs en Italie, semble également condamné en France et est rejeté par les différents projets de loi qui vont faire l'objet de notre étude dans la seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

Projets de loi restreignant les pouvoirs judiciaires du général

CHAPITRE PREMIER

APERÇU ET ENSEMBLE

Dans notre première partie, nous avons étudié le Code de 1857 et le Code allemand de 1898, qui, ce dernier surtout, considèrent le pouvoir judiciaire répressif dans l'armée comme un attribut du commandement.

Mais l'on peut concevoir d'autres systèmes où le pouvoir judiciaire, sans être indépendant du commandement, n'en serait en quelque sorte qu'une émanation.

Dans la législation italienne que nous prendrons dorénavant comme terme de comparaison, le général commandant la division, sur laquelle le tribunal militaire a son siège, ne joue aucun rôle judiciaire, au sens

propre, ni dans la poursuite, ni dans l'instruction, ni dans le jugement des infractions compromettant la discipline. Son rôle se borne à nommer les juges aussi bien du tribunal que de la commission d'enquête et à fixer la date des débats, simples mesures d'administration de la justice.

Le ministre, par contre, joue le même rôle indirect que chez nous; il est le supérieur de tous les membres des parquets militaires, aussi bien des avocats fiscaux, qui sont donc des magistrats militaires bien qu'ils portent la toge et non l'uniforme, que des officiers instructeurs placés d'ailleurs sous la surveillance des avocats fiscaux.

Il y a donc liaison non pas par le bas entre le commandement local et le parquet, mais par le haut, puisque le ministre est à la fois le supérieur et des chefs et des magistrats militaires. Si l'on tient compte en outre que les juridictions d'instruction ou de jugement, la commission d'enquête comme le tribunal sont composés exclusivement d'officiers, l'on est en droit de prétendre que le pouvoir répressif judiciaire dans l'armée italienne peut être regardé comme une émanation du commandement suprême.

Cette seconde manière d'envisager la nature des rapports indispensables entre le commandement et la justice militaire, ne se fit jour en France qu'au ^{xx}^e siècle et n'inspira véritablement aucun projet de réforme de

bout en bout comme nous allons nous efforcer de le démontrer.

Le C. J. M. n'avait soulevé aucune critique ni pendant le Second Empire, ni pendant les vingt-cinq premières années de la III^e République. Ses premiers détracteurs ne commencèrent leurs attaques, avec une violence d'ailleurs extraordinaire, qu'à la fin du XIX^e siècle, au moment d'une affaire tristement célèbre, où les passions politiques se donnèrent libre carrière, et dont le caractère exceptionnel est mis en relief par le fait que le Gerichtsherr était le ministre lui-même. Cette agitation provoqua de nombreuses propositions de réforme que nous sommes obligé de passer sous silence pour nous limiter aux seuls projets, dont l'analyse sommaire nous montrera l'évolution des tendances que le présent chapitre a pour but d'esquisser.

Le premier de ces projets, déposé le 14 novembre 1899, sous le ministère Waldeck-Rousseau, sur le bureau de la Chambre par le général de Gallifet, ministre de la Guerre, ne touche en rien aux principes du Code de 1857.

Visiblement inspiré par la Militaerstrafgerichtsordnung promulguée l'année précédente, ce projet ne pouvait puiser à cette source une orientation neuve, mais il pouvait y trouver de très notables améliorations dans l'application d'un principe inchangé. Et, de fait, sauf les modifications sur les règles de la compétence qui sortent de notre sujet, ce projet ne réalisait que des

améliorations de détail d'ailleurs fort judicieuses. Il se bornait à introduire le vote des juges au scrutin secret, réforme qui a été réalisée depuis au cours de la guerre par la loi du 13 mai 1918, et à organiser un corps de magistrats militaires, compétents en droit, ayant une hiérarchie propre comme les contrôleurs de l'armée, tout à fait comparables aux avocats fiscaux italiens et aux techniciens juristes de nombreuses armées étrangères (officiers juristes allemands, auditeurs de l'armée belge, conseillers de justice militaire de l'armée hellénique).

Ce projet visait donc, mais seulement d'une manière oblique, à diminuer l'influence occulte du *Gerichtsherr* sur l'administration de la justice, en lui enlevant toute possibilité de faire pression, soit sur les juges, soit sur les magistrats militaires. Par contre, toutes les prérogatives personnelles du général devaient subsister absolument intactes. Et pour qu'elles puissent s'exercer en pleine connaissance de cause, le projet adjoignait au général des conseillers techniques à la fois plus indépendants et plus qualifiés que les commissaires du gouvernement et rapporteurs d'alors, qui, bien différents de ceux de notre époque, étaient trop souvent des officiers fatigués, désireux de se soustraire aux exigences du service actif.

Ce projet conservateur de 1899 fut renvoyé à la commission de législation criminelle; il fut remis sur le chantier et discuté, au ministère de la Guerre, par une

commission composée de sénateurs, de députés, de membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et d'officiers généraux. Il en résulta un projet fort différent, qui fut déposé sur le bureau de la Chambre le 24 mai 1901 par le général André et M. Monis, ministres de la Guerre et de la Justice, mais dont la paternité revient au comité nouvellement créé de contentieux et de la justice militaire.

La 7^e législature ayant pris fin, ce projet devint caduc, mais il fut repris tel quel et déposé à nouveau sur le bureau de la Chambre, le 17 octobre 1902.

Nous sommes obligé d'insister sur ce projet qui marque une date dans l'évolution des idées sur le rôle à attribuer au commandement dans le rôle de la justice militaire et qui nous paraît conforme aux tendances actuelles, que le Sénat a faites siennes en 1913, alors que la Chambre les avait, il est vrai, repoussées en 1909.

Des commissions d'accusation composées d'un président, de deux juges, d'un commissaire du gouvernement, appartenant tous quatre au corps projeté de la justice militaire, d'un officier greffier et d'un adjudant commis-greffier devaient être créées et devaient hériter, en grande partie, des pouvoirs juridictionnels des commandants de corps d'armée. Cette commission d'accusation a donc exactement le rôle de la commission d'enquête italienne, mais son caractère est assez différent. La commission d'enquête italienne représente bien

plus l'émanation du commandement, non seulement parce que les membres en sont nommés par le général, mais encore parce qu'ils sont non des techniciens, mais des officiers en activité. Une autre conséquence forcée de cette différence de recrutement, c'est que la commission d'accusation aura surtout tendance à s'occuper du droit et la commission d'enquête des faits.

Mais le projet de 1901-1902 ne se sépare pas du Code italien que par ces simples nuances; il s'oppose à lui en ce sens que sur un point, d'ailleurs fort important, il laisse un pouvoir judiciaire comme attribut du commandement.

Le général garde le pouvoir, réservé en Italie à l'avocat fiscal, de poursuivre ou non; il peut, soit infliger une punition disciplinaire, soit ordonner une poursuite judiciaire, soit empêcher la répression. S'il prend le second de ces trois partis, il doit être dessaisi. Une affaire, classée sans suite par le général refusant d'informer, peut cependant être reprise par le ministre de la Guerre.

Les pouvoirs juridictionnels, retirés au commandement sont répartis entre le rapporteur et la commission d'accusation. Loin d'être uniquement un organe d'enquête comme l'officier instructeur en Italie, le rapporteur rend des ordonnances, statue sur la mise en liberté provisoire et même sur la prévention. Par contre, lorsque les faits incriminés sont punissables de travaux publics, de la destitution ou d'une peine criminelle, le rapporteur ne peut pas renvoyer directement l'inculpé

devant le conseil. S'il ne rend pas une ordonnance de non-lieu, il doit rendre une ordonnance de renvoi devant la commission d'accusation, qui statue sur la mise en jugement.

Cette commission statue également sur les oppositions que le commissaire du gouvernement et l'inculpé peuvent faire aux ordonnances du rapporteur. Elle peut enfin ordonner les informations nouvelles, l'apport des pièces à conviction, déclarer nul un acte de procédure irrégulièrement fait, statuer sur les nullités prévues par la loi du 8 décembre 1897, maintenir ou annuler les mesures de mise en liberté provisoire ou d'arrestation.

Postérieurement au dépôt de ce projet de loi, deux propositions de loi furent déposées, l'une en 1903 par M. Clémenceau au Sénat où ladite proposition ne vint pas en discussion, l'autre en 1904 à la Chambre des députés par M. Morlot, au nom de la commission de la réforme judiciaire de cette assemblée. Nous ne pouvons pas aborder l'étude des propositions de loi, car la clarté et la brièveté nous limitent à l'étude exclusive des projets de loi et des textes votés par l'une ou l'autre des Chambres.

C'est la Chambre des députés qui, la première, en 1909, a adopté les principes et le texte d'une réforme sur laquelle nous n'insisterons que peu, car son adoption équivaudrait, ou peu s'en faut, à la suppression de toute juridiction militaire. En ce qui nous concerne, le texte retirait au commandement non seulement tout

pouvoir de juridiction, mais également l'exercice de l'action publique. Pour toute procédure antérieure au jugement, même pour les infractions exclusivement militaires qui, seules, devaient relever de la juridiction de jugement militaire, le droit commun s'appliquait sans aucune restriction. Le rôle du colonel, du commandant du dépôt, ou du général en chef se bornait au fait de dénoncer au procureur de la république l'acte délictueux ou criminel, sans même pouvoir forcer l'inaction de ce magistrat, en saisissant directement le juge d'instruction (1).

Un amendement de M. Monsservin, ainsi conçu : « Les fonctions du ministère public et celles du juge d'instruction seront remplies par des commissaires militaires, pourvus du diplôme de licencié en droit », fut repoussé, après avoir été combattu, tant par M. le sous-secrétaire d'Etat à la Guerre que par le rapporteur, M. le bâtonnier Labori, tant on paraissait craindre que le commandement eût une action même indirecte sur l'administration de la justice.

D'après ce texte voté par la Chambre, il n'y avait plus aucune corrélation dans l'armée entre le commandement

1. Ce n'est que, lors de la discussion au Sénat et à la date du 19 décembre 1912, que M. Flaissières, défendant le projet de la Chambre a proposé comme correctif du système voté par cette assemblée un double amendement permettant au commandement, représenté par le commandement de corps d'armée et le ministre de la guerre, non seulement de saisir le juge d'instruction mais également de former opposition à l'ordonnance de non-lieu.

et le pouvoir judiciaire, ce dernier n'étant à aucun titre ni un attribut ni une émanation du premier. Il n'y avait plus de juridiction d'exception avant la phase du jugement. Comme il est de principe que la juridiction de jugement est complètement indépendante, c'était supprimer tout rôle et toute influence au commandement à tous les échelons, même au ministre dans la répression des délits même exclusivement militaires.

Ce texte ne vint en discussion devant le Sénat que dans les derniers mois de l'année 1912. La commission sénatoriale de la réforme des conseils de guerre, présidée par le général Langlois, et dont le rapporteur était M. Etienne Flandin, ancien procureur général, avait élaboré un texte, diamétralement opposé à celui voté par la Chambre en 1909.

Ce texte, sauf en ce qui concerne le principe de l'appel qui n'a pas de rapport avec notre sujet et dont nous ne nous occuperons pas, avait l'approbation gouvernementale; il fut voté par le Sénat le 14 février 1913. Le rôle judiciaire dévolu au général y était défini, sous des modalités quelque peu différentes, selon la conception des projets de 1901 et de 1902. C'est dans ce texte et ces projets qu'il faut, selon nous, rechercher les tendances qui se manifestent au ^{xx}e siècle en France, en faveur d'une réduction des pouvoirs judiciaires du commandement, le texte voté par la Chambre en 1909 n'indiquant qu'une exagération purement momentanée desdites tendances.

C'est donc le texte du Sénat que nous prendrons pour base de discussion des deux idées maîtresses qui semblent devoir s'imposer au législateur, pour régler les rapports nécessaires entre le pouvoir répressif judiciaire et le commandement et qui sont :

Laisser à ce dernier l'exercice de l'action publique;

Lui retirer tout pouvoir juridictionnel, en faveur de juridictions pouvant être regardées comme une émanation du commandement.

CHAPITRE II

MAINTIEN DE L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE

D'après le texte voté par le Sénat, le général garde l'exercice de l'action publique; mais sa décision au sujet de l'opportunité des poursuites n'est plus souveraine. L'ordre d'informer reste le préliminaire obligé de toute information militaire, mais il ne peut pas être refusé lorsqu'il y a dénonciation émanant d'un juge d'instruction, d'un procureur de la république, d'un procureur général ou d'une cour d'appel, dans les conditions prévues par l'art. 235 C. I. C. Ceci ne constitue qu'une réforme théorique, car nous ne connaissons aucun cas où une pareille dénonciation n'aurait pas été prise en considération. Une autre innovation, celle-là d'une réelle portée pratique, est celle de l'art. 38 du projet, qui décide non seulement que le général doit rendre compte au ministre de ses refus d'informer, mais également que le ministre peut toujours, et même dans ce cas, donner d'office l'ordre d'informer.

Il résulte de cette disposition, mais d'une manière indi-

recte, que celui qui a sollicité en vain un ordre d'informer du général peut réclamer au ministre contre la décision portant refus d'informer. Mais comme le ministre ne serait pas obligé de statuer sur cette réclamation (1), nous ne pouvons trouver dans ce quasi-recours qu'un palliatif insuffisant à la fâcheuse situation d'infériorité où se trouve le plaignant, se prétendant lésé par une infraction lorsque le coupable est justiciable des tribunaux militaires.

La victime aura-t-elle plus de chances d'obtenir cet ordre d'informer qu'elle réclame en se tournant vers les autorités judiciaires civiles ? Nous ne le croyons pas, sauf dans le cas bien improbable, mais théoriquement possible, de refus d'informer sur des faits délictueux certains, indéniables. Mais dès que l'infraction n'est pas établie, les autorités judiciaires civiles ne prendront pas la dénonciation à leur compte, et se contenteront de la transmettre purement et simplement à qui de droit, c'est-à-dire au général compétent. La lacune que nous avons déjà signalée (2) qui résulte de la non-admission de constitution de partie civile devant les

1. Le recours au ministre n'est pas une voie de droit. Il y aurait peut-être lieu d'améliorer sur ce point le projet par l'institution de règles inspirées de la réclamation légale du droit allemand. Cette réclamation pourrait être adressée d'abord au ministre, ensuite ou même mieux d'emblée, car la décision du ministre ne pourrait pas être une décision personnelle, à une institution judiciaire analogue au Reichsmilitärgericht et qui pourrait être la Chambre des mises en accusation militaire, créée par le projet.

2. Voir supra, 1^{re} partie, chapitre II, § refus d'informer.

juridictions militaires, subsistera donc lorsque la victime ne peut établir la violation de son droit, en l'absence d'une instruction pénale.

Au contraire, dans l'hypothèse inverse, quand cette victime peut réunir elle-même ses preuves et obtenir du tribunal civil une condamnation du coupable au paiement des dommages-intérêts auxquels ce coupable s'est obligé par son délit, alors la nécessité d'un ordre d'informer s'impose. Mais ceci est précisément le cas où la victime de l'infraction n'a pas intérêt à ce que des poursuites pénales soient engagées. L'instance engagée au criminel ne lui profitera pas, puisque le conseil étant incompétent pour statuer sur le moindre intérêt civil, cette partie lésée devra néanmoins avoir recours aux juridictions de droit commun pour le règlement des dommages-intérêts. Et il ne lui était précisément pas nécessaire de se baser sur une condamnation pénale préalable, puisque, par définition, son bon droit ayant été admis par le parquet, aurait été reconnu également par le tribunal et par la Cour, selon toutes probabilités.

Mais il n'y a pas à considérer que l'intérêt de la partie lésée; il faut considérer, avant tout, l'ordre social qui ne veut pas qu'un fait délictueux soit prouvé en justice sans qu'il tombe sous le coup de la loi pénale, ainsi que le prouve la durée de la prescription réduite au civil à la durée de la prescripton pénale.

Supposons le cas où la victime a obtenu les dommages-intérêts qu'elle réclamait. Le général ne doit plus,

en présence de l'autorité de la chose jugée, persister à refuser l'ordre d'informer; la condamnation au civil est un fait nouveau qui l'autorise et l'oblige moralement à se déjuger. Il y aurait un véritable déni de justice, selon l'expression déjà citée du maréchal Pélissier, à laisser impuni, sans même ordonner de poursuites, un fait délictueux, patent, avoué, ayant motivé une condamnation civile. Ce déni de justice deviendra légalement impossible, car les autorités judiciaires ci-dessus mentionnées s'empresseront de dénoncer ce délit au général, qui devra obligatoirement délivrer l'ordre d'informer.

Il est même à supposer que ces autorités judiciaires n'attendent pas, le plus souvent, que le jugement soit rendu au civil pour dénoncer les faits délictueux et qu'elles effectueront cette dénonciation dès que la condamnation leur paraîtra soit inéluctable, soit au moins très probable. Elles agiront ainsi pour que le criminel tienne le civil en état, ce qui est parfaitement logique. Le Code militaire italien, par exemple, ne permet pas, comme le nôtre, que l'action en dommages-intérêts soit exercée avant l'action pénale. Les dénonciations des autorités civiles pourront se proposer d'empêcher cette anomalie.

Il nous reste à voir comment le législateur pourrait suppléer à la constitution de partie civile, bannie en France et à l'étranger de la procédure pénale militaire qui ne connaît que l'action publique.

Un premier moyen serait d'autoriser la victime d'une infraction commise par un militaire à se porter partie civile devant le juge d'instruction, cette constitution ayant pour effet de proroger la compétence de ce magistrat jusqu'à ce qu'il ait pu se rendre compte du bien-fondé de cette plainte. Le juge aurait alors le droit et le devoir, soit de rendre une ordonnance de non-lieu, soit de dénoncer le fait à l'autorité militaire, qui serait alors obligée de décerner l'ordre d'informer, conformément aux dispositions de l'art. 23 du projet.

Une autre solution serait, sans revenir au système de l'accusation *quavis ex populo* de la loi de brumaire, de rendre obligatoire la délivrance de l'ordre d'informer, en cas de plainte, lorsque le plaignant accepterait d'une part de consigner le maximum de l'amende à laquelle l'art. 373 C. P. expose l'auteur d'une dénonciation jugée calomnieuse; d'autre part, la prorogation de compétence du conseil qui pourrait le condamner aux peines : 1^o de l'amende; 2^o de l'emprisonnement prévues par ledit article. On aurait, en donnant au plaignant la possibilité de faire opposition à l'ordonnance de non-lieu, une institution qui serait une quasi-constitution de partie civile et qui permettrait de s'en passer.

Enfin, bien que les frais de justice soient minimes en conseil de guerre, sauf le cas assez rare où le rapporteur a dû engager des dépenses autres que les taxes des témoins, on pourrait très bien imiter l'exemple de la Reichsstrafmilitaergerichtsordnung, qui permet

à la juridiction d'instruction, en cas de non-lieu, à la juridiction de jugement, en cas d'acquiescement, de faire supporter la totalité ou une partie des frais engagés à celui qui les a occasionnés par une dénonciation faite à la légère.

En dehors de ces questions que soulève la sauvegarde des droits de la partie lésée, nous ne voyons que des observations de détail à présenter sur les autres articles du projet visant l'exercice de l'action publique.

La rédaction de l'art. 22 nous paraît soit défectueuse, soit équivoque. Elle est ainsi conçue : « Les généraux commandant les circonscriptions territoriales, visées à l'art. 8 de la présente loi, sont chargés, chacun en ce qui concerne sa circonscription, de rechercher tous les crimes et délits de la compétence des juridictions militaires, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. » Cette rédaction, identique à celle de l'art. 10 C. I. C. et à celle de l'art. 85 C. J. M. actuel, semble conférer à ces officiers généraux les droits judiciaires des préfets en matière de droit commun, ceux des commandants de places, des chefs de corps et de détachements en matière militaire.

L'art. 22 du projet ne précise pas si le général peut faire personnellement les actes qu'embrasse le cercle de la police judiciaire et il est à présumer que ce projet n'a pas voulu augmenter les droits du général à ce sujet en lui permettant par exemple de se livrer à une perquisition, de recevoir sous serment la déposition d'un

témoin, tous actes qui selon nous ne lui sont pas permis par le Code de 1857. Mais alors pourquoi l'art. 22 emploie-t-il précisément les termes mêmes dont la jurisprudence a fait sortir les pouvoirs des préfets ? Si l'intention du législateur est de ratifier la pratique actuelle, qui ne permet pas au général de faire acte d'officier de police judiciaire, il doit bannir toute formule rappelant celle de l'art. 10 C. I. C. ou il doit corriger cette formule ambiguë, en spécifiant que seuls les officiers de police judiciaire sont chargés de constater les infractions, d'en rassembler les preuves.

Si, au contraire, l'intention du législateur est de donner au général les pouvoirs du préfet, mieux vaut le faire explicitement en disant : « le général commandant la circonscription peut faire personnellement, ou requérir les officiers de police judiciaire, soumis à son autorité, de faire tous les actes nécessaires, à l'effet de constater... »

Nous exprimons également le vœu que l'art. 24 du projet, qui classe *in fine*, parmi les officiers de police judiciaire, les rapporteurs en cas de flagrant délit, soit complété par l'adjonction de « et en cas d'infractions connexes à celles dont le rapporteur est saisi par un ordre d'informer. » Il n'y aurait là aucun empiètement sur les prérogatives du général qui resterait le maître d'ordonner l'arrestation ou l'inculpation des militaires coupables des infractions connexes. En effet, le rapporteur agissant en tant que simple officier de police

judiciaire au sens strict, n'aurait le droit d'arrestation qu'en cas de flagrant délit. Il serait toujours soumis à la nécessité de demander un ordre d'informer supplémentaire; mais, avant de le demander, il aurait toute latitude de recueillir assez de renseignements préliminaires pour être assuré de ne pas faire fausse route. De son côté, le général recevrait, en même temps que le référé, tous les éléments lui permettant de prendre une décision éclairée; il se trouverait dans des conditions analogues à celles où il se trouve actuellement lorsqu'il statue sur la suite à donner à la plainte d'un chef de corps.

CHAPITRE III

RETRAIT DE TOUT POUVOIR JURIDICTIONNEL

Les restrictions proposées au libre exercice par le général de l'action publique, sont des améliorations de détail, marquant un progrès certain dans l'application mais sauvegardant le principe que le commandement, gardien de la discipline et de la légalité, est qualifié pour décider de l'opportunité des poursuites, en règle générale. Mais le Code de 1857, suivi par le Code allemand de 1898, n'envisageait pas la tâche du commandement de cette manière unilatérale et ne regardait pas cette tâche comme étant exclusivement répressive. D'après ces Codes, le chef militaire est non seulement le gardien de la légalité et des intérêts sociaux et militaires, il est aussi celui de l'honneur de ses subordonnés, le représentant le plus qualifié de leurs droits. De ce rôle bilatéral il résulte que le chef est qualifié pour prendre, tout à fait impartialement des décisions juridictionnelles.

Cet argument d'une réelle valeur semble insuffisant, aux yeux de beaucoup d'hommes de la génération actuelle, pour justifier l'abandon, aux mains d'un militaire, si haut placé soit-il, de pouvoirs juridictionnels, confiés, de droit commun, à des magistrats de l'ordre judiciaire. De plus, il peut sembler dangereux de confier à une juridiction composée d'un seul membre, le soin de décider de la mise en jugement, tout au moins lorsqu'il s'agit d'un crime, puisque, depuis la loi de 1856, le juge d'instruction décide seul de la prévention.

Aussi le projet privait-il radicalement le général de tout pouvoir juridictionnel, y compris celui d'ordonner ou de refuser la mise en liberté provisoire (1).

C'est le rapporteur qui hérite du pouvoir juridictionnel du général, sauf qu'il ne peut, lorsqu'il s'agit d'un crime, renvoyer l'accusé devant le conseil de guerre. Dans ce cas, c'est une chambre des mises en accusation qui est investie de ce pouvoir. Il y a là un bouleversement considérable des principes.

Mais en pratique, tout au moins quand il s'agit de délits, la situation ne sera pas changée dans les cas les

1. La loi postérieure du 22 décembre 1917, réglementant légalement la mise en liberté provisoire, non prévue par le Code de 1857 et rentrant en conséquence dans le domaine de la juridiction gracieuse, n'a pas été si loin que le Sénat en 1913. Cette loi laisse au général le soin de prendre la décision lorsque cette décision est la plus délicate, lorsque le commissaire du gouvernement et le rapporteur sont d'avis contraires. Dans ce cas, l'ordonnance du rapporteur est frappée d'opposition par le commissaire du gouvernement et l'opposition est jugée par le général.

plus nombreux, ceux où les avis du commissaire du gouvernement et du rapporteur sont concordants. En cas d'accord entre ces deux magistrats, l'intervention du Gerichtsherr est de pure forme, comme était celle de la chambre du conseil avant 1856. Quant une formalité est inutile, mieux vaut la supprimer. La délégation que le général aurait pu faire de ses pouvoirs aurait atteint ce but, tout en lui permettant, dans certains cas, de garder sa liberté d'appréciation; mais nous sommes persuadé que le général aurait presque toujours délégué ses pouvoirs, au moins celui d'ordonner la mise en jugement. Quoi qu'il en soit, la différence dans ces cas simples est superficielle : au lieu que le général signe lui-même une décision conforme aux avis concordants de ses deux conseillers techniques, ce sera le rapporteur qui signera, en son nom propre et non pas par délégation, l'ordonnance de non-lieu ou de renvoi conforme aux réquisitions du commissaire du gouvernement.

Où les solutions d'espèces peuvent changer, c'est précisément lorsque le rapporteur et le commissaire du gouvernement n'auront pas la même manière de voir, cas où le général a non seulement théoriquement, mais réellement à prendre une décision personnelle. Lorsque le rapporteur rendra une ordonnance contraire aux réquisitions du commissaire du gouvernement, si le commissaire du gouvernement fait opposition à cette ordonnance, ce sera la chambre des mises en accusation qui

statuera. Dans ce cas, dont la difficulté est prouvée par la divergence d'idées entre les deux magistrats qui ont examiné l'affaire, il est très possible qu'une juridiction de plusieurs membres, comme le sera la chambre des mises en accusation militaire, n'adopte pas toujours la solution qu'aurait adoptée le juge unique qu'est le général.

Ce cas sera toutefois assez rare, car la plupart des cas de conseil de guerre, lorsque l'état de siège n'est pas déclaré, sont simples et les faits généralement indiscutablement établis. Ce caractère de simplicité relative s'accentuera encore, si la disposition du projet restreignant la compétence des juridictions militaires aux infractions exclusivement militaires est adopté.

L'intervention de cette chambre de mises en accusation sera donc assez rare en matière délictuelle, mais elle sera toujours obligatoire en matière criminelle, à l'exemple du droit commun et bien qu'une différence avec ce droit commun aurait pu se justifier par d'assez bonnes raisons. En effet, si la justice civile distingue les crimes des délits et exige un second degré d'instruction pour les premiers, ce n'est pas seulement parce que les peines qui peuvent les frapper sont plus fortes, c'est aussi parce que c'est une mesure infiniment plus grave de renvoyer un accusé innocent devant les assises à une session lointaine que de renvoyer un prévenu innocent devant le tribunal correctionnel à une de ses prochaines audiences. Devant la juridiction militaire,

prévenus et accusés sont jugés avec la même célérité, aux mêmes audiences, avec toutes les garanties que les accusés ont aux assises.

Néanmoins, le projet, estimant sans doute que les justiciables des tribunaux militaires ne doivent être privés d'aucune des garanties accordées aux inculpés civils, crée des chambres d'accusation militaires, sur le modèle des chambres d'accusation de la cour d'appel, et rappelant les commissaires d'accusation, que les projets de 1901 et de 1902 avaient voulu établir.

L'idée est même plus ancienne : un article paru dans le journal *Le Temps* à la date du 8 janvier 1900, proposait de faire vérifier toutes les procédures d'information militaire par la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel elle-même, complétée au besoin par certains éléments militaires, qui hériteraient des pouvoirs juridictionnels du général, même en matière délictuelle. L'auteur anonyme de cet article, très légitimement préoccupé de ne pas affaiblir l'autorité des chefs militaires, démontrait sans peine que cette juridiction, uniquement chargée d'étudier des procès-verbaux au point de vue de l'application des règles de droit et de l'appréciation de la valeur des preuves, ne ne faisant par elle-même aucun acte d'instruction, sauvegardait entièrement le prestige du commandement et de la justice militaires. Si le prestige du général est ainsi formellement sauvegardé, au fond des choses, ses droits sont néanmoins bien amoindris, puisqu'il perd

la faculté d'ordonner la mise en jugement de ses subordonnés. Son rôle s'efface, non plus seulement devant la juridiction de mise en jugement, mais dès que la chambre des mises en accusation de la cour d'appel est saisie.

Le général doit, en fin de compte, toujours s'incliner devant une juridiction supérieure à la sienne, que ce soit une juridiction d'instruction, ou une juridiction de jugement et nous trouvons très admissible que cette juridiction qui dessaisit le général soit la cour d'appel au lieu d'être le conseil de guerre. A ce sujet, il faut remarquer que théoriquement le système préconisé par *Le Temps* est bien supérieur au projet voté par le Sénat en 1913, qui permet au rapporteur transformé en juridiction d'instruction d'un seul membre, de rendre des ordonnances de non-lieu pouvant mettre en échec la volonté du général, ce que l'officier instructeur ne peut pas faire en Italie.

Un autre avantage, réel et matériel celui-là, c'est qu'il ne crée aucun organisme nouveau et que le jumellement fréquent dans la même ville du siège d'une cour d'appel et du chef-lieu d'un corps d'armée permettrait une expédition rapide des affaires, à condition que la cour d'appel fasse diligence. Mais qu'arriverait-il lorsque le conseil n'est pas établi au siège d'une cour d'appel ? (1). Le mieux, selon nous, pour éviter le transfert

1. Le nombre des conseils de guerre est plus élevé de quelques unités que celui des Cours d'appel et quelques Cours d'appel siègent dans des villes qui ne sont pas chef-lieu de corps d'armée et où aucun conseil ne fonctionne.

des dossiers, serait de ressusciter l'organisme de la chambre du conseil du tribunal civil, en adjoignant les mêmes éléments militaires qui doivent compléter dans les villes sièges de cour d'appel la chambre des mises en accusation.

Mais cette résurrection du vieux mot de chambre du conseil montre merveilleusement le cercle vicieux. Le contrôle de la chambre du conseil a été supprimé en 1856 parce qu'il n'était pas effectif. Celui de la chambre d'appel ou de la chambre des mises en accusation militaire ne le serait pas davantage si toutes les instructions militaires devaient obligatoirement passer par elle. Ce contrôle ne sera sérieux qu'en ce qui concerne les informations sur lesquelles l'attention de la cour aura été attirée soit par une opposition à l'ordonnance de renvoi, soit par la gravité exceptionnelle de la peine encourue en cas de condamnation.

Et c'est pourquoi, étant donnée cette vérité expérimentale, les projets de 1901 et de 1902, puis finalement le texte voté par le Sénat en 1913 ont été bien inspirés en ne constituant un second degré d'instruction que pour les crimes et en ne donnant pas aux chambres de techniciens créés dans ce but la charge de décider des préventions (1).

1. Le projet de 1901, repris en 1902, donnait à ces dites Chambres le nom de commissions d'accusation et la composition suivante : un président, deux juges, un commissaire du gouvernement, tous quatre conseillers de justice militaire, un officier d'administration greffier et un adjudant

De tout cet ensemble de considérations, nous pouvons conclure que le pouvoir juridictionnel retiré au général est heureusement partagé entre le rapporteur qui hérite de ce pouvoir pour les questions vénielles et pour les questions simples et la chambre des techniciens plus ou moins rattachée à la cour d'appel qui en hérite pour les affaires criminelles et pour les affaires compliquées.

Cette règle générale souffre une exception. Le rapporteur ayant informé sur une affaire criminelle très grave, n'est pas forcé de clôturer son instruction par une ordonnance de renvoi devant la chambre des mises en accusation. Il peut également rendre une ordonnance

commis-greffier. Ces commissions d'accusation, nécessitant un personnel nombreux, devaient étendre leur compétence sur plusieurs corps d'armée, d'où va et vient perpétuel de dossiers du siège du conseil de guerre au siège de cette commission d'accusation.

Cet inconvénient n'a pas été supprimé par le texte sénatorial qui change la composition de la commission d'accusation et lui donne le nom plus expressif de Chambre des mises en accusation militaires. Ces Chambres, créées au nombre de cinq, dans certaines grandes villes de garnison, sièges de Cour d'appel, sont composées de deux conseillers de justice militaire, et sont présidées par un des présidents de la Cour d'appel. On a ainsi une juridiction mixte, partie civile, partie militaire, analogue à celle instituée pour le jugement. Il faut remarquer que ce mélange de robes et d'uniformes se comprend beaucoup mieux à l'audience où les militaires sont des jurés plutôt que des juges qu'à la Chambre des mises en accusation où les militaires sont des techniciens. Ceci dit, il est par contre plus logique de donner la présidence à un civil dans une Chambre des mises en accusation qui apprécie simplement les preuves sans les rechercher directement, qu'à une audience, où celui qui conduit les débats a besoin, pour aider à la manifestation de la vérité, d'être un spécialiste parfaitement initié à tous les détails de la vie militaire.

de non-lieu; et alors la volonté du général peut être mise en échec pour une question importante par le rapporteur, si le commissaire du gouvernement n'y fait pas opposition.

La question du non-lieu nous paraît devoir être l'objet d'un examen et de mesures spéciales. Le non-lieu, s'il n'est pas signé par le général même qui a intenté les poursuites, a au moins l'apparence d'un désaveu. L'ordre d'informer fait préjuger que le commandement escompte une condamnation, tout au moins une mise en jugement. De même que la condamnation peut être refusée par la juridiction de jugement, de même il est tout naturel que la mise en jugement soit refusée par cette juridiction supérieure qu'est la chambre des mises en accusation.

Mais nous sommes d'avis de refuser ce droit au rapporteur moins qualifié que le général pour statuer comme juge unique sur l'information qui est son œuvre. Une ordonnance de non-lieu n'a jamais un caractère marqué d'urgence, même si l'inculpé est écroué, puisque le rapporteur peut toujours ordonner sa mise en liberté provisoire. Nous préférons donc que le rapporteur partisan du non-lieu en réfère au général, qui, guidé par cet avis et par celui du commissaire du gouvernement, aurait le choix entre l'acceptation du non-lieu ou l'envoi du dossier à la chambre des mises en accusation, qui statuerait.

Il est bien évident que dans presque tous les cas le

général signerait l'ordonnance de non-lieu, ce qui aurait non seulement une importance morale, mais également des conséquences administratives. Ce dernier point est délicat et nous force à une digression.

Supposons, pour fixer les idées, qu'un étranger ayant pris du service en France déserte, ou même, ce qui est plus fréquent, qu'un engagé volontaire, dont l'acte d'engagement est vicié, se rende coupable de ce délit de désertion. Qu'arrivera-t-il ? L'autorité judiciaire n'ayant pas à apprécier un acte administratif, le rapporteur devrait se borner de conseiller à la défense de soulever une question préjudicielle à résoudre par la juridiction administrative. D'où des retards et des complications qu'actuellement la concentration des pouvoirs administratifs et judiciaires dans une main unique peuvent souvent éviter.

Le rapporteur, pour une minime question d'insoumission par exemple, hésitera toujours, s'il est un homme de bon sens, à faire intervenir la juridiction administrative qui, seule, est compétente pour décider si l'inculpé devait bien accomplir la période d'instruction pour laquelle il prétend avoir été convoqué à tort. Actuellement, le rapporteur ne craint pas d'empiéter sur les attributions de cette juridiction et de proposer un non-lieu basé sur une fausse application de la loi par le recrutement.

De telles pratiques abusives mais nécessaires sont actuellement admises sans protestation. Le commandant

de recrutement de l'insoumis pris comme exemple ne peut pas facilement entrer en conflit avec le commandant de corps d'armée qui a homologué la décision du rapporteur. Il n'en sera plus de même lorsque l'ordonnance de non-lieu sera signée par un juriste, qui ne pourra pas être le supérieur d'un chef de service quelconque, puisqu'il sera en marge de la hiérarchie militaire.

Le rapporteur serait beaucoup plus gêné pour apprécier les actes de l'autorité administrative s'il les appréciait en son nom propre et l'autorité administrative n'aurait pas de raisons de s'incliner devant ses décisions.

L'insoumis, objet d'un non-lieu comme né devant pas faire la période pour laquelle il a été déclaré insoumis, pourrait être convoqué à nouveau pour la même période. Le déserteur, objet d'un non-lieu parce que son incorporation a semblé irrégulière au rapporteur, pourra être maintenu sous les drapeaux.

Le souci d'éviter des situations aussi paradoxales est, selon nous, une raison de plus pour ne pas transférer du général au rapporteur le soin de décider du non-lieu, même lorsque la simplicité de l'affaire, la concordance des avis du rapporteur et du commissaire du gouvernement réduisent l'intervention du général à une pure question de formes.

Cette question du non-lieu exceptée, nous ne voyons que des avantages à ce que le général perde la surveil-

lance de l'information du rapporteur et nous ne voyons pas d'inconvénient à ce qu'il cesse d'intervenir pour ordonner la mise en jugement.

Mais le projet de 1913 va plus loin en soustrayant toute la procédure postérieure à l'ordre d'informer à l'influence indirecte du Gerichtsherr en donnant non seulement au rapporteur, ce qui est fort logique, mais également au commissaire du gouvernement l'indépendance complète vis-à-vis du commandant de corps d'armée, en mettant ces deux magistrats en marge de la hiérarchie militaire. J'entends bien que le corps des juristes dépendra du ministre de la Guerre, qu'il ne sera donc pas indépendant du commandement, que le commissaire du gouvernement sera chargé de défendre les intérêts de ce commandement confondus avec ceux de la société, non seulement devant les deux juridictions d'instruction, mais également devant la juridiction de jugement. Mais l'autorité du ministre est impersonnelle; elle doit s'exercer sur vingt et un corps d'armée métropolitains et le corps colonial; elle ne peut se manifester que par des directives, sauf dans des causes particulièrement retentissantes où elle risque fort d'être égarée par des passions politiques.

Le représentant du commandement doit être le subordonné non seulement du ministre, mais du Gerichtsherr qui a ordonné les poursuites et qui doit être tenu au courant de la procédure. Bien plus, si le commissaire du gouvernement reste ce qu'il est actuellement, le

subordonné du général, non seulement en tant que militaire, mais en tant que magistrat, le général sera, d'une manière discrète, partie dans les poursuites intentées sur son ordre. Non seulement il pourra se faire rendre compte par son représentant des ordonnances rendues mais il pourra intimer l'ordre à ce représentant d'y faire opposition. Il n'y aurait aucun excès de pouvoir à donner un pareil ordre au commissaire du gouvernement, car la plume de ce magistrat est serve, si sa parole est libre.

A ce point de vue, nous nous séparons donc du Code italien qui place directement tous les membres des parquets militaires sous l'autorité du ministre. Il semble même que la loi italienne ait voulu donner encore plus d'indépendance vis-à-vis du commandement régional à l'avocat fiscal, qui correspond non pas au commissaire du gouvernement, mais au procureur de la république qu'à l'officier instructeur. En effet, le premier est un magistrat civil qui n'a l'assimilation d'officier qu'en cas de guerre, en vertu de la loi du 27 avril 1916, et le second est un officier, qui, il est vrai, peut être en retraite, mais qui peut aussi bien être en activité.

Nous préférons la solution contraire laissant le maximum d'indépendance au rapporteur et gardant plus d'emprise sur l'avocat de la société, le commissaire du gouvernement, surtout si la juridiction du rapporteur, actuellement restreinte au seul cas de mise en liberté provisoire, doit être étendue.

Au contraire, nous nous montrerions très volontiers plus libéraux que nos alliés italiens en admettant des magistrats soit de l'ordre militaire, soit de l'ordre judiciaire, en même temps que des officiers dans la chambre d'accusation analogue à la commission d'enquête, qui remplacerait le général comme juridiction d'instruction.

CONCLUSION

Des circonstances spéciales et momentanées ont valu au C. J. M. une impopularité qui est loin d'être justifiée. On lui a fait deux griefs principaux que nous nous contenterons de mentionner, car ils dépassent singulièrement le cadre très restreint de notre sujet.

On lui a reproché d'abord d'être un Code d'exception, mais ce caractère n'est qu'une conséquence de ce que l'état militaire lui-même est un état anormal, qui méconnaît les principes de liberté base du droit commun.

On lui a reproché aussi d'être d'un autre âge. Or, le Code de 1857 est plus récent que le C. P. et que le C. I. C., qui datent du I^{er} Empire; il est même postérieur à la révision du C. P. de 1832. Il a été modifié par toutes les lois, si nombreuses depuis 1885, qui ont adouci la répression et augmenté les garanties de la défense (1). Il n'est pas évident, d'autre part, que le

1. Les lois des 27 mai 1885 sur les récidivistes, 26 mars 1891 sur l'atténuation ou l'aggravation des peines, 8 décembre 1897 sur les garanties et les droits de la défense au cours de l'instruction, 19 juillet 1901 sur les circonstances atténuantes, 28 juin 1904 modifiant celle du 26 mars 1891, ont toutes été étendues aux conseils de guerre.

Code militaire ait vieilli plus vite que les Codes de droit commun. Certes, la suppression du service à long terme et la création d'une armée nationale, où tous les citoyens valides sont soldats, a modifié profondément le physiologie des justiciables de conseils de guerre, spécialement en ce qui concerne les hommes des réserves coupables d'insoumission. En revanche, l'armée est le seul endroit d'où la liberté d'association reste bannie. Alors que les Codes de droit commun, primitivement très individualistes, sont obligés de tenir compte, de plus en plus, de la création et du développement progressif d'un véritable droit collectif, cette cause de déformation n'a atteint en aucune manière le C. J. M. Enfin, le but même de ce Code, le maintien de la discipline, est immuable; cette nécessité est d'autant plus impérieuse que les effectifs ne cessent de grossir, et que le temps du service actif se réduit davantage.

En ce qui concerne le sujet même de notre étude, à savoir l'opportunité de faire intervenir le commandement dans la répression des délits et crimes compromettant la discipline, le problème se pose devant le législateur français du ^{xx}e siècle exactement comme il s'est posé devant lui en 1857.

Le principe même de cette opportunité d'intervention nous paraît incontestable. Le commandement, que ce soit à un échelon ou à un autre, qu'il soit représenté par des chefs militaires ou par le ministre de la Guerre, ne doit pas, lorsque la discipline est compromise par

une infraction à la loi pénale, être désarmé, alors que ce même commandement a des moyens formidables pour réprimer directement les simples infractions aux règlements militaires. Et le texte voté par la Chambre en 1909, qui, dans ce cas, ne donne d'autre droit au commandement que celui reconnu à n'importe quel citoyen de dénoncer ce crime ou ce délit au procureur de la république, ne nous paraît même pas susceptible d'être pris en considération.

Mais le principe admis, les modalités de son application peuvent varier à l'infini et faire varier, d'une manière considérable, l'importance relative attachée aux pouvoirs des représentants du commandement et aux droits des justiciables.

Si l'administration de la justice militaire est centralisée, comme en Italie, entre les mains du ministre, qui ne peut pas avoir une action personnelle, et qui est représenté par des magistrats militaires, la justice militaire est une simple émanation du commandement.

Si, au contraire, cette administration est décentralisée comme en Allemagne, où les colonels et les généraux sont *Gerichtsherrren*, il y a confusion à partir d'un certain grade entre le droit au commandement et le pouvoir répressif judiciaire.

Entre ces deux solutions extrêmes, il y a place pour toute une gamme de solutions intermédiaires, telles que celle du législateur français de 1857 et celle qui a reçu la consécration du vote du Sénat en 1913. En effet, les

actes de la procédure antérieure au jugement peuvent être séparés en deux catégories, l'une incombant aux chefs militaires eux-mêmes, l'autre à des magistrats militaires en liaison plus ou moins directe avec le commandement. Les attributs des chefs sont d'autant plus nombreux que ceux des magistrats sont plus restreints et réciproquement.

La première question qui se pose est de savoir qui aura l'exercice de l'action publique, que le Code de 1857 a confié et que le projet de 1913 laisse au général. Nous avons déjà conclu, sans aucune réticence, au maintien de cette règle, quitte à apporter à ce libre exercice les tempéraments nécessaires pour sauvegarder éventuellement les droits de la partie lésée.

Mais l'action publique une fois intentée, le commandement doit-il diriger la procédure préparatoire au jugement, selon le système de la *Militaerstrafgerichtsordnung*, doit-il y avoir seulement un droit de regard, voire même d'appréciation, doit-il au contraire être dessaisi comme l'a décidé le Sénat français en 1913 ?

Personnellement, nous repoussons la solution allemande, bien qu'elle soit logique, parce que la recherche des preuves doit être poursuivie en toute indépendance aussi bien dans le cabinet de l'enquêteur qu'au grand jour des débats. De plus, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, l'information étant inquisitoriale, et étant donné l'absence d'une accusation, le magistrat enquê-

teur s'y révèle forcément l'adversaire de l'inculpé (1). Ce n'est pas le rôle d'un chef de prendre parti contre ses subordonnés, au cours d'une instruction, surtout si ce chef doit ultérieurement apprécier, en tant que juridiction, les résultats de cette instruction.

Le principe de l'an V, consacré en 1857, donnant au rapporteur des pouvoirs propres, nous paraît bien préférable. Et pour tirer de ce principe toutes les conséquences possibles, nous croyons utile de relever le rapporteur, comme le voulait le Sénat en 1913, de sa double subordination vis-à-vis du Gerichtsherr, en lui donnant un état militaire particulier sans assimilation de grade, et en le classant plus parmi les officiers de police judiciaire, agissant sous la surveillance du général.

La création d'une chambre de techniciens, chargée de surveiller et au besoin de réformer l'information du rapporteur, est une mesure corrélative qui ne présente que des avantages, surtout étant donné que la loi de 1897 a assujéti l'instruction à des règles étroites et à un formalisme rigoureux.

Mais cette réforme jusqu'à présent modeste nous entraîne à un bien plus considérable, à la suppression du

1. Il ne faudrait pas, d'ailleurs, exagérer outre mesure cet inconvénient du système allemand. C'est surtout dans les interrogatoires que la lutte s'engage entre l'inculpé et l'enquêteur. Or, si le Gerichtsherr est maître de l'instruction, c'est son organe qui est en contact avec l'inculpé, qui cherche à forcer ce dernier à avouer, ou tout au moins à se contredire.

monopole de mettre en jugement ses subordonnés, qui est l'apanage déjà bien ancien du commandement. Cette chambre de techniciens plus ou moins affiliée à la cour d'appel ne peut pas être réduite à des besognes secondaires, telles que l'annulation de procédures vicieuses; elle doit pouvoir statuer sur les instructions qui lui sont soumises. Il nous paraît impossible qu'une pareille juridiction ne puisse pas décider souverainement de la mise en accusation et même du non-lieu, et se borne, comme le fait actuellement le rapporteur, à émettre un avis que le général aurait la possibilité théorique de ne pas suivre.

Si l'on considère ce point comme acquis, il faut bien consentir à frapper le Gerichtsherr d'une véritable *capitis diminutio*, à lui retirer, en totalité ou en partie, ses pouvoirs juridictionnels. Mais nous croyons qu'il ne faut s'engager dans cette voie qu'avec une extrême prudence, pour être sûr de laisser au chef, animateur de toute l'action disciplinaire au sens large, de puissants moyens d'assurer le maintien en toutes circonstances de cette discipline dont il est responsable.

Ainsi, si la création d'une juridiction d'instruction supérieure à la sienne doit dessaisir le général de la surveillance de l'information, elle ne nous semble pas légitimer la disposition du projet de 1913 qui lui enlève également la surveillance du ministère public et par suite toute possibilité d'être partie à la procédure qu'il a ordonnée.

En résumé, partisan d'un système de décentralisation au moins aussi accentué que celui du Code de 1857, nous voudrions que la *capitis diminutio* qui frappera le général en tant que magistrat soit minima, que ce général soit dans une large mesure déchargé de sa mission de dire le droit, mais qu'il reste initialement le maître d'apprécier les faits et que, même dessaisi, il continue à être représenté devant les juridictions d'instruction et de jugement.

Vu : le Président de la thèse,

E. GARÇON

Vu : le Doyen

LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL

BIBLIOGRAPHIE

Bulletin officiel du ministère de la guerre, édition méthodique
n° 56 : code de justice militaire mis à jour à la date de
19 novembre 1920.

Militaerstrafgerichtsordnung.

Commento ai codici penali militari, par Vincenzo Manzini.

La justice militaire en Europe, par le capitaine de Courcy.

Bulletins criminels de la Cour de cassation depuis le 17 avril
1906.

Jurisprudence des conseils de révision à l'intérieur et aux
armées depuis le 1^{er} mai 1916 (ministère de la guerre).

Traité des recours en révision par le Colonel Augier et Gus-
tave Le Poittevin.

Etude sur la réclamation légale dans le droit pénal allemand
par le capitaine Dufay, publiée dans la Revue pénitentiaire.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	5

PREMIÈRE PARTIE

POUVOIRS JUDICIAIRES DU GÉNÉRAL TELS QU'ILS SONT RÉGLÉS PAR LE CODE DE 1857

CHAPITRE PREMIER. — Généralités.....	15
CHAPITRE II. — Exercice de l'action publique.....	23
CHAPITRE III. — Rôle du général pendant l'instruction.....	45
CHAPITRE IV. — Rôle du général en tant que juridiction d'instruction.....	58
A. Non-lieu.	58
B. Ordre de mise en jugement.....	67
C. Absence de voies de recours	77
CHAPITRE V. — Comparaison des pouvoirs judiciaires du général avec ceux des préfets, des magistrats et juridictions de droit commun.....	91

DEUXIÈME PARTIE

PROJETS DE LOI RESTREIGNANT LES POUVOIRS JUDICIAIRES DU GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER. — Aperçu d'ensemble.....	101
CHAPITRE II. — Maintien de l'exercice de l'action publique.....	111
CHAPITRE III. — Retrait de tout pouvoir juridictionnel.	119
CONCLUSION.....	133

